

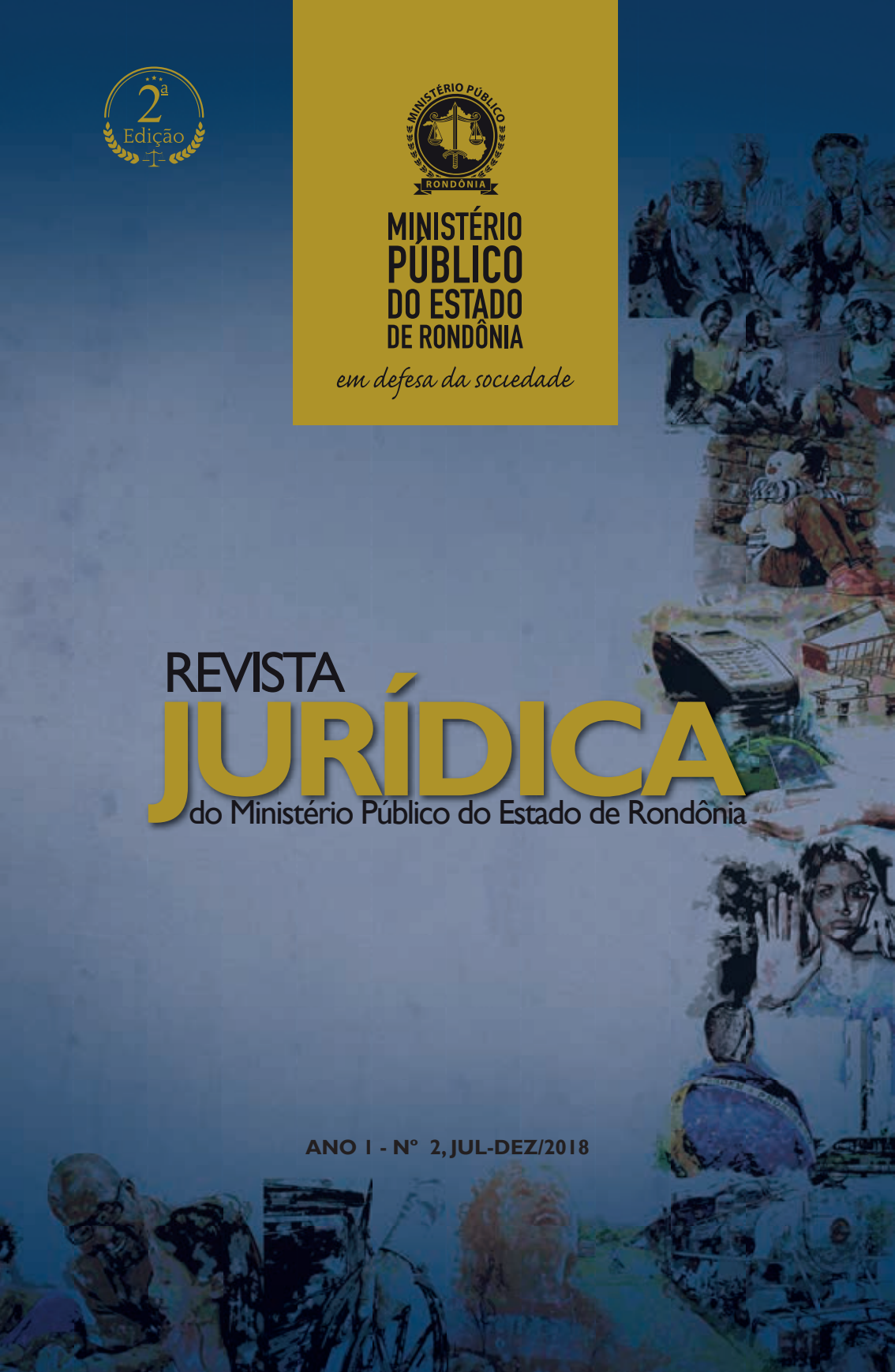


**MINISTÉRIO
PÚBLICO
DO ESTADO
DE RONDÔNIA**

em defesa da sociedade

REVISTA
JURÍDICA
do Ministério Público do Estado de Rondônia

ANO I - Nº 2, JUL-DEZ/2018



REVISTA
JURÍDICA
do Ministério Público do Estado de Rondônia

**COMPOSIÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO
MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE RONDÔNIA**

AIRTON PEDRO MARIN FILHO
Procurador-Geral de Justiça

OSVALDO LUIZ DE ARAUJO
Subprocurador-Geral de Justiça

VERA LÚCIA PACHECO FERRAZ DE ARRUDA
Corregedora-Geral do Ministério Público

JESUALDO EURÍPEDES LEIVA DE FARIA
Secretário-Geral do Ministério Público

ALUILO DE OLIVEIRA LEITE
Chefe de Gabinete da Procuradoria-Geral de Justiça

FICHA CATALOGRÁFICA

Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Rondônia / Centro de Estudos e
Aperfeiçoamento Funcional. -- Ano 1, n.2 (jul./dez.2018) -- Porto Velho : MPRO, 2018.

Semestral

ISSN 2595-3265

1. Direito – Periódicos I. Rondônia (Estado) Ministério Público. Centro de Estudos e
Aperfeiçoamento Funcional

CDD: 340.5
CDU: 340 (05)

 mprooficial  mpro_oficial  mpro_oficial  mprobr

www.mpro.mp.br

Rua Jamary, nº 1555 - Bairro Olaria
Fone: (69) 3216-3700 - CEP 76801-917 - Porto Velho/RO



Ministério Público
do Estado de Rondônia
em defesa da sociedade

CEAF
Centro de Estudos e
Aperfeiçoamento Funcional

REVISTA **JURÍDICA** do Ministério Público do Estado de Rondônia

ANO I - N° 2, JUL-DEZ/2018

MEMBROS DO CONSELHO EDITORIAL
REVISTA JURÍDICA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE RONDÔNIA

2ª Edição

Aidee Maria Moser Torquato Luiz	Josiane Alessandra Mariano Rossi
Alexandre Jésus de Queiroz Santiago	Matheus Kuhn Gonçalves
Alexandre Matzenbacher	Priscila Matzenbacher Tibes Machado
Aluildo de Oliveira Leite	Rogério Montai de Lima
Carolina Ribeiro Garcia Montai de Lima	Samuel Alvarenga Gonçalves
Cláudio Wolff Harger	Tâmera Padoin Marques Marin
Jorge Romcy Auad Filho	Vinícius Silva Lemos

CEAF – Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional

Jorge Romcy Auad Filho Diretor-Geral	Liluyoud Cury de Lacerda Analista Programador
Giselle Araújo Gadotti Diretora-Executiva	Marli Rosa Assessora Técnica
Elineide Gomes da Silva Técnica Administrativa	Otávia da Silva Riojas Assessora Técnica
Eva Nere da Silva Costa Estagiária de Administração	Paulo Ricardo de Lima Moraes Técnico Administrativo
Juliana Nogueira Calixto Estagiária de Administração	Rafaela Nunes Pereira Estagiária de Administração
Karolina Gomes Nunes Assessora Técnica	

FICHA TÉCNICA

Presidente do Conselho Editorial: Dr. Jorge Romcy Auad Filho

Coodenação da publicação: Giselle Araújo Gadotti

Redação: Pedro Henrique Rocha Vilarim

Projeto WEB: Liluyoud Cury de Lacerda

Assessora Técnica: Karolina Gomes Nunes

Projeto Gráfico e Diagramação: SEGRAF-MPRO

Produzido e editorado pelo Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público do Estado de Rondônia (CEAF), em Agosto de 2018.

PREFÁCIO

A presente edição da Revista do Ministério Público de Rondônia traz para análise artigos jurídicos de extrema relevância e que são objeto de discussão acadêmica na atualidade.

Dentre outros assuntos de destaque, as várias nuances da utilização do compliance no setor público como possível ferramenta de combate à corrupção são exaustivamente debatidas em artigos que traçam a aplicabilidade do instituto na seara pública.

Aprimorar o conhecimento jurídico, fomentar a discussão acadêmica, abrir espaço para a divulgação de visões modernas e atuais do direito, criar entendimentos doutrinários contemporâneos acerca das emergentes matérias que eclodem no mundo jurídico através do rápido processo de transformação social, são alguns dos objetivos que nos levaram a criar e manter esse canal de produção jurídica e científica.

Numa sociedade em constante processo de mutação, nesse mundo globalizado onde tudo que fazemos - ou deixamos de fazer, na teoria de Bauman, tem impacto na vida de todos, e consequentemente, esses reflexos são sentidos no mundo jurídico, é imprescindível manter um canal aberto para a discussão de temas sensíveis à sociedade.

E por assim ser, constitui obrigação dos operadores do direito, em qualquer área de atuação do sistema de justiça, alinhar e manter sua forma de agir e suas convicções em consonância com as expectativas sentidas e desejadas pela coletividade.

AIRTON PEDRO MARIN FILHO
PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA

SUMÁRIO

**A INFLUÊNCIA DOS MECANISMOS DE COMPLIANCE NO COMBATE
À CORRUPÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Camyla Figueiredo de Carvalho

11

**A INSERÇÃO DO USO DA TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO
E COMUNICAÇÃO NO PODER JUDICIÁRIO: EFETIVIDADE
DOS PRINCÍPIOS PROCESSUAIS**

Erika Brenda do Nascimento Arantes
Patrícia Silva Cavalcante

31

**AGENTE INFILTRADO: UMA ANÁLISE QUANTO AOS
REQUISITOS E SUA APLICABILIDADE E EFICIÊNCIA NO ATUAL
CENÁRIO DO DIREITO BRASILEIRO**

Diogo Boghossian Soares da Rocha

47

**ANIMAIS DOMÉSTICOS: OS NOVOS ENTENDIMENTOS
QUANTO À SUA NATUREZA JURÍDICA NO DIREITO
CONTEMPORÂNEO BRASILEIRO**

Fernanda da Silva Lameira

76

**COMPLIANCE NO SETOR PÚBLICO COMO
FERRAMENTA NO COMBATE À CORRUPÇÃO**

Tâmera Padoin Marques Marin
Letícia Salla Freitas

98

SUMÁRIO

121

**NOVAS HIPÓTESES PARA CONCESSÃO DA PRISÃO
DOMICILIAR COM ADVENTO DA LEI 13.257/2016**

Neline Santos Azevedo

135

**O MINISTÉRIO PÚBLICO COMO CURADOR DO MEIO
AMBIENTE: A PROTEÇÃO DA CONCEPÇÃO JUS-FILOSÓFICA
DE MEIO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO
E SADIA QUALIDADE DE VIDA**

Daniel Moreira da Silva

Tauã Lima Verdan Rangel

152

**RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA NAS AÇÕES
DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE**

Kamylla Cristiane da Silva

A INFLUÊNCIA DOS MECANISMOS DE COMPLIANCE NO COMBATE À CORRUPÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

THE INFLUENCE OF MECHANISMS OF COMPLIANCE IN COMBATING CORRUPTION IN THE PUBLIC ADMINISTRATION

Camyla Figueiredo de Carvalho¹

RESUMO: O presente artigo tem por pano de fundo o fenômeno da corrupção e as nuances do seu processo de enfrentamento, desde a adoção de códigos de conduta e mecanismos de integridade nas pessoas jurídicas – advindos com a sistemática da Lei 12.846/2013 – até o combate à corrupção historicamente endêmica na prestação do serviço público. Objetiva-se analisar o contributo das medidas de *compliance* nas empresas e seus influxos no enfrentamento da deturpação dos princípios que regem a administração pública. Para tanto, busca-se identificar as mudanças culturais operadas com o advento das medidas anticorrupção, analisar o contexto brasileiro no tocante à cultura da governança corporativa, e aferir a validade da aplicação de mecanismos de *compliance* na administração pública.

Palavras-chave: *Compliance*, Corrupção, Administração Pública

¹Assessor V de Promotor de Justiça no Ministério Público do Estado da Paraíba. Aprovada no XXII Concurso de Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Rondônia. Graduada em Direito (UFPB). Especialista em Direito Administrativo e Gestão Pública (FIP). Pós-graduanda em Prevenção e Repressão à Corrupção (Estácio de Sá).

ABSTRACT: This article has as a background the phenomenon of corruption and the nuances of its confrontation process, from the adoption of codes of conduct and mechanisms of integrity in legal entities, a rising from the systematics of Law 12.846/2013, to the fight against the historically endemic corruption in the provision of public service. The objective is to analyze the contribution of compliance measures in companies and their inflows in facing the misrepresentation of the guiding principles of the public administration. In order to do so, it seeks to identify the cultural changes carried out with the advent of anti-corruption measures, to analyze the Brazilian context regarding corporate governance culture, and to assess the validity of the application of compliance mechanisms in public administration.

Keywords: Compliance, Corruption, Public administration.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo examinar a influência da *compliance* eficaz na mudança de paradigma adotado pela gestão pública no tocante ao enfrentamento da corrupção.

É cediço que este fenômeno é responsável por considerável parcela dos prejuízos experimentados por uma comunidade. Para além dos excessivos aportes patrimoniais empregados indevidamente por parte da gestão pública na manutenção de seus interesses mais escusos – em detrimento da concretização de direitos fundamentais do indivíduo – o fenômeno da corrupção faz surgir na população irrefutável sensação de impotência, quando não atrai os mais diversos setores à adoção de práticas suspeitas para manutenção de certos privilégios e para o atingimento de suas finalidades rentáveis.

É neste contexto que sobressai a relevância da adoção de medidas de *compliance* e de mecanismos de integridade nas pessoas jurídicas e de seus efeitos no enfrentamento da corrupção na administração pública.

A despeito de ser objeto de categóricos e reiterados episódios de corrupção, o cenário brasileiro tem apresentado importantes avanços no combate a esta que pode ser considerada uma falha endêmica de gestão nacional, seja pública ou privada.

Citam-se como importantes mecanismos implementados no Brasil a promulgação da Lei 12.846/2013, a atuação das instituições nacionais de controle, como o Ministério da Transparência, Controladoria-Geral da União e Tribunal de Contas da União, além da melhoria dos mecanismos de *accountability*, responsável por uma maior ingerência do controle social na gestão pública e em suas plurais relações jurídicas.

O objeto do presente texto passa pela análise dos mecanismos de *compliance* empresarial e seus avanços no setor privado para averiguar a possibilidade de adoção de métodos semelhantes na gestão pública, com vistas a minorar os efeitos da corrupção através da adoção de códigos de conduta e integridade por parte dos entes que compõem a administração pública direta e indireta.

Utiliza-se, para tanto, a pesquisa teórica dos institutos como instrumento metodológico de estudo, visando apresentar uma revisão bibliográfica a partir de fontes doutrinárias e outras referências sobre o tema em comento. Adota-se o método dialético, tendo em vista que a pesquisa

se baseia nas discussões doutrinárias e legais em vigor para apresentar conclusões dialógicas sobre como a adoção de tais mecanismos de *compliance* no setor privado auxilia sobremaneira no combate à corrupção envolvendo a administração pública.

1. A LEI 12.846/2013 E A ADOÇÃO DE MEDIDAS DE COMPLIANCE NO SETOR PRIVADO

São comumente associadas ao conceito de corrupção as noções de desvirtuamento de valores, corrosão da moral pública, decadência ética e esvaziamento de princípios, todas convergentes no sentido de atribuir a tal fenômeno o estigma do retrocesso e do alinhamento com práticas escusas seja por parte da administração pública, seja pelas pessoas físicas ou jurídicas em suas relações privadas.

Certo é que o combate às práticas corruptivas apresenta importantes marcos históricos no Brasil e no mundo, tendo sido objeto de regulamentações em âmbito regional e nacional com vistas à delimitação das linhas de atuação internas e internacionais para o efetivo enfrentamento e recuperação de ativos oriundos destas práticas.

No ano de 2003, em Mérida, no México, a Organização das Nações Unidas promulga um dos mais importantes textos internacionalmente vinculantes de luta contra a corrupção, atendendo aos reclamos da comunidade internacional em delinear um acordo global e objetivamente capaz de combater a corrupção em suas variadas formas.

Subscrita por mais de cem países, incluindo o Brasil, a Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção dispõe em seus 71 artigos sobre medidas preventivas, mecanismos de penalização e aplicação da lei, recuperação de ativos e cooperação internacional, além de determinar adaptações legislativas e ações concomitantes por parte dos países signatários para aplicação da Convenção em âmbito interno.

No Brasil, a referida Convenção passa a vigorar no ordenamento com a edição do Decreto nº 5.687 de 31 de janeiro de 2006, que, dentre diversos outros mecanismos, dispõe, em seus artigos 12 e 26, acerca da necessidade de adoção de medidas no setor privado para a salvaguarda da integridade e o combate às práticas corruptivas, senão vejamos:

Artigo 12: Setor Privado

b) Promover a formulação de normas e procedimentos com o objetivo de salvaguardar a integridade das entidades privadas pertinentes, incluídos

códigos de conduta para o correto, honroso e devido exercício das atividades comerciais e de todas as profissões pertinentes e para a prevenção de conflitos de interesses, assim como para a promoção do uso de boas práticas comerciais entre as empresas e as relações contratuais das empresas com o Estado;

Artigo 26: Responsabilidade das pessoas jurídicas

1. Cada Estado Parte adotará as medidas que sejam necessárias, em consonância com seus princípios jurídicos, a fim de estabelecer a responsabilidade de pessoas jurídicas por sua participação nos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção. 2. Sujeito aos princípios jurídicos do Estado Parte, a responsabilidade das pessoas jurídicas poderá ser de índole penal, civil ou administrativa. 3. Tal responsabilidade existirá sem prejuízo à responsabilidade penal que incumba às pessoas físicas que tenham cometido os delitos. 4. Cada Estado Parte velará em particular para que se imponham sanções penais ou não-penais eficazes, proporcionadas e dissuasivas, incluídas sanções monetárias, às pessoas jurídicas consideradas responsáveis de acordo com o presente Artigo.

É precisamente destes dispositivos que defluiu relação da Lei 12.846/2013 com a necessidade de adoção de mecanismos de *compliance* empresarial com vistas à salvaguarda da integridade e ao efetivo combate à corrupção no âmbito privado.

Comumente designada como Lei Anticorrupção Empresarial, surge a supracitada norma em convergência com outros diplomas legais do direito administrativo sancionador – tais como a Lei de Improbidade Administrativa, Lei de Responsabilidade Fiscal e Lei da Transparência – em corroboração aos esforços do Estado Brasileiro no cumprimento de seus compromissos internacionais com vistas ao enfrentamento dos males endêmicos da corrupção.

A Lei 12.846/2013 traz importantes inovações no cenário da responsabilização das pessoas jurídicas por atos lesivos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira; além de prever mecanismos administrativos e judiciais para apuração e aplicação de penalidades às empresas, ainda que não haja a participação de agente público na prática corruptiva.

Com efeito, o advento da supracitada norma previu uma nova hipótese de responsabilidade objetiva na ordem jurídica brasileira, atribuindo ao Estado o papel de vítima de atos corruptivos. É dizer, os atos lesivos praticados pelas pessoas jurídicas de direito privado em face da administração pública nacional ou estrangeira, ainda que não seja constatado o conluio com agente público – objeto da já consolidada Ação de Improbidade Administrativa – passam a ser objetos de responsabilização objetiva de natureza civil e administrativa ao ente privado coletivo, independentemente da necessária apuração e punição das pessoas físicas responsáveis.

Nada obstante, o objeto do presente capítulo centra-se especificamente em outro importante instituto advindo com a sistemática da Lei Anticorrupção, notadamente no contexto dos modernos pilares do enfrentamento às práticas corruptivas na esfera privada, a saber, os mecanismos de *compliance*.

É cediço que o termo *compliance* advém do inglês “*to comply*”, que significa agir em conformidade, no caso ora analisado, com as normas jurídicas e princípios éticos que devem reger as relações jurídicas em geral. No âmbito empresarial, o vocábulo é muito comumente utilizado nos contextos de programa de integridade, governança e ética corporativa, institutos desenvolvidos a partir dos compromissos internacionais assumidos pelo estado brasileiro no necessário combate à corrupção.

Acerca dos contornos e formas de concretização do *compliance* no setor privado, leciona DIAS (2017):

O *compliance* exige a adoção por parte das empresas de mecanismos e processos internos para apurar e prevenir práticas ilegais ou antiéticas a fim de obter maior controle e transparência nas ações e negócios empresariais. A implantação de novas diretrizes e ações propostas vão desde a criação de um código de ética e conduta, maior detalhamento dos dados financeiros da empresa em seu balanço e técnicas de *compliance*, tais como análise de riscos, instalação de investigações internas, canais para denúncia, treinamento de executivos e funcionários para lidar com propostas e práticas que corram o risco de responsabilizar a empresa objetivamente e levá-la a sofrer sanções por atos ilícitos cometidos no exercício da sua prática empresarial ou por terceiros contratados.

Das precisas observações acima se depreende o que se convencionou chamar de pilares do enfrentamento à corrupção através dos mecanismos de *compliance*: prevenção, detecção e responsabilização.

A prevenção é apontada por considerável parcela doutrinária como o mais efetivo e menos oneroso mecanismo de combate a desvios de conduta na seara empresarial. Com efeito, adota-se como estratégia institucional o fortalecimento da coesão e consciência dos empregados com vistas ao emprego de uma constante vigília dos atos dos demais, de modo a se estabelecer uma espécie de controle lateral das condutas e desencorajamento de desvios.

A estruturação de uma consciência geral de retidão e ética entre os diversos setores de uma pessoa jurídica torna imprescindível a internalização de uma cultura anticorrupção entre os empregados e a administração. Nos dizeres de CAVALCANTE (2016):

Pouco efetiva, todavia, seria a existência de um padrão de ética e eficiência consolidado de condutas, com fortalecimento do julgamento pessoal, sem

uma cultura anticorrupção que promova, inclusive, a fiscalização lateral dos trabalhos e resultados (em obrigação de todos). Os canais de “ouvidoria” de “delações”, nessa seara, são caminhos de comprovada efetividade.

A relevância da adoção de mecanismos preventivos por parte das empresas atende ao que se considera uma de suas principais regras de governança, alçado à categoria de princípio, o da preservação da empresa e conservação de suas atividades.

Com efeito, a Lei 12.846/2013 destacou-se no cenário brasileiro do direito administrativo sancionador por prever em seus dispositivos consideráveis reprimendas aos particulares que contratam com a administração pública e praticam atos de corrupção em seu detrimento.

Não obstante, é também a Lei Anticorrupção responsável por dotar de considerável relevância a presença de mecanismos de integridade no âmbito empresarial, notadamente com vistas à atenuação de sanções pelo efetivo emprego de mecanismos de *compliance* na pessoa jurídica. É o que prevê o inciso VIII do art. 7º da supracitada lei:

Art. 7º Serão levados em consideração na aplicação das sanções: (...)

VIII - a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica;

Consectário direto do correto aprimoramento dos mecanismos de prevenção, o segundo pilar do *compliance* empresarial é a detecção, que consiste no mapeamento e identificação de desvios de conduta capazes de gerar responsabilização objetiva da pessoa jurídica e considerável abalo na conservação da atividade empresarial.

Para o implemento das atividades de detecção interna de irregularidades, a lei prevê expressamente o incentivo a denúncias e a especialização dos órgãos fiscalizadores, com vistas a aprimorar a capacidade de identificação dos desvios e intervenção precoce com vistas a minorar os efeitos da prática corruptiva.

Nesse contexto desponta a relevância dos mecanismos de delação, canais de denúncia e ouvidoria interna para o eficiente monitoramento das condutas dos diversos setores da pessoa jurídica.

O terceiro e crucial requisito do programa de *compliance* empresarial é a responsabilização, que traduz uma relação de causa e efeito com os demais mecanismos e tem por objeto a efetiva identificação e aplicação de penalidades aos responsáveis pelos atos corruptos na pessoa jurídica.

Com efeito, pouco eficiente seriam a prevenção e detecção das práticas escusas sem a utilização de instrumentos adequados para impor as cabíveis consequências aos agentes responsáveis. No ponto, é comum o desmembramento do pilar da responsabilização em algumas vertentes, tais como a identificação e aplicação de penalidades aos agentes, recuperação de perdas e consequente agilidade em tais procedimentos; e ainda, informação a outras agências de controle e à sociedade.

Acerca da imperiosa celeridade na apuração e imposição de penalidades, CAVALCANTE (2016):

As multas devem ser suficientemente duras para, com justeza, coibir a fraude. As dívidas devem ser rapidamente e eficazmente cobradas. (...) Processos ágeis, em aspectos processuais e materiais (com a utilização de processos eletrônicos, por exemplo) são fortalecedores do respeito às leis. Punições letárgicas abrandam o aspecto coibidor da pena. A ineficiência estatal em ressarcir o prejuízo que lhe foi imposto e a morosidade de dar consequência penal a agentes faltosos são fortalecedores da sensação de impunidade. **Responsabilizar bem, portanto, é também responsabilizar rápido.** (grifos do autor).

Outrossim, destaca-se a relevância do fortalecimento de vínculos e integração entre as pessoas jurídicas do setor privado e as instâncias de controle, notadamente no que tangencia a esfera da responsabilização.

Com efeito, a ocorrência de um ato de corrupção no interior das empresas acarreta consequências em diversos setores de apuração e penalização. A exemplo, citam-se as implicações administrativas, penais, civis e tributárias que advêm de um comportamento desviante e que podem culminar com a devida recuperação das perdas, em caso profícuo, ou ainda com a impunidade dos agentes e perpetuação das práticas corruptivas nos setores privados e públicos, quando da má implementação de tais mecanismos de integração.

Por fim, calha considerar, na instância da responsabilização enquanto mecanismo de *compliance*, o caráter educativo e preventivo para a sociedade, que se perfaz com a adequada publicidade das medidas adotadas, resguardada, quanto aos envolvidos, a honra e intimidade constitucionalmente previstas. Na fiscalização e monitoramento de práticas corruptas, o controle social se reveste de elevada importância, notadamente no resguardo dos princípios fundamentais que orientam a condução da administração pública, cuja adesão aos instrumentos de integridade passa a ser analisada a seguir.

2. O COMPLIANCE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Até aqui se tratou amiúde acerca da relevância da adoção de mecanismos de *compliance* nas pessoas jurídicas que compõem o setor privado. Ocorre que é mais do que usual o estreitamento das relações entre os setores público e particular, seja através da edição de atos administrativos, seja ainda pelos frequentes ajustes contratuais entre os entes que compõem a administração e os particulares organizados na forma empresarial.

Não se olvide, no ponto, da legitimidade e relevância de tais contratações, cuja finalidade precípua é a prestação do serviço público adequado e eficiente à sociedade, através de instrumentos constitucionalmente previstos nos princípios gerais da atividade econômica da República.

A descentralização na prestação dos serviços públicos é característica da evolução do estado brasileiro após a Reforma do Aparelho do Estado iniciada em 1995. A bem da verdade, a gestão pública passou por algumas fases evolutivas até atingir o atual estágio constitucional de eficácia irradiante dos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito, cujos modelos de condução ora se passa a abordar.

2.1 OS ESTÁGIOS EVOLUTIVOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A doutrina aponta como primeiro modelo de administração o patrimonialismo, que tem por principal característica a ausência de separação entre a pessoa do soberano e a coisa pública. Nesta fase, que vigorou até o fim do século XVIII, a estrutura administrativa voltava-se ao atendimento precípua dos interesses pessoais do soberano.

As marcas do sistema patrimonialista são comumente citadas pela doutrina, que elenca: o nepotismo, caracterizado pela ausência de planos de carreiras ou formas objetivas de seleção para os cargos públicos; a gerontocracia, que se traduz na perpetuação do poder pelo gestor; o fisiologismo, que configura a noção de pessoalidade no trato com a coisa pública, apenas agindo o gestor de acordo com os seus interesses pessoais; e o clientelismo, caracterizado pela troca de favores e ausência de objetividade e impessoalidade na gestão administrativa.

É de ver-se que o modelo patrimonialista representava abissal distância com o que hoje se considera interesse público, com as noções de moralidade administrativa e, sobretudo, com o papel contemporâneo da gestão pública

administrativa, representando, ademais, terreno fértil às práticas corruptivas na administração da coisa pública.

Aproximando os conceitos de patrimonialismo e corrupção, assevera ROMANO (2018):

Mediante tal prática, os governantes consideram o Estado como seu patrimônio, numa total confusão entre o que é público e o que é privado, noção que prevaleceu durante o período dos estados absolutistas. Tal fenômeno, (considerado como danoso para as economias e o desenvolvimento das modernas sociedades), porém, se mostra ainda bastante forte, e dependendo do desenvolvimento de cada país, estado ou município, sua intensidade é maior ou menor. (...) O patrimonialismo é a apropriação do Estado pelo interesse privado.

O segundo modelo de administração pública é o burocrático, que traduz um conceito técnico do direito público cujas características preçípuas são a dissociação entre a pessoa do gestor e a máquina estatal, e a possibilidade de responsabilização do dirigente por eventuais desvios na concretização da finalidade pública.

Por esse modelo, a administração é voltada não aos desmandos pessoais do agente público, tampouco aos interesses do povo governado, mas sim às finalidades do próprio Estado enquanto entidade autônoma, figurando, portanto, como uma evidente evolução se comparada ao estágio do patrimonialismo.

É comum, todavia, apontar como principal crítica ao estágio burocrático o exacerbado enfoque procedimentalista, gerando ineficiência no atendimento e entraves à concretização da finalidade pública, razão pela qual, figura como terceiro e atual modelo de administração pública o gerencialismo, também conhecido como *New Public Management* (nova gestão pública), oriundo da Inglaterra, onde foi desenvolvido nos fins da década de 1970.

É assente na doutrina que o modelo gerencial não surge com o escopo de superar peremptoriamente a burocracia, mas tão somente de aprimorá-la através da adoção de posturas direcionadas mais ao atingimento de resultados do que propriamente ao controle de procedimentos.

Nos dizeres de BRESSER-PEREIRA (2006), a administração pública gerencial:

(...) parte do reconhecimento de que os Estados democráticos contemporâneos não são simples instrumentos para garantir a propriedade e os contratos, mas

formulam e implementam políticas públicas estratégicas para suas respectivas sociedades tanto na área social quanto na científica e tecnológica. E para isso é necessário que o Estado utilize práticas gerenciais modernas, sem perder de vista sua função eminentemente pública.

É a incursão da eficiência como princípio estruturante da administração pública a principal característica deste modelo de administração, que toma como referência não mais a vontade unilateral do gestor, tampouco a generalização dos interesses do Estado, mas sim a satisfação dos interesses públicos dos próprios cidadãos-administrados como foco principal do novo modelo de gestão administrativa.

No Brasil, diz-se que a adoção do modelo gerencial de administração pública operou-se com o advento da Emenda Constitucional nº 19/1998 que alçou ao plano constitucional as normas relacionadas à reforma gerencial do Estado, iniciada com o Plano Bresser, na década de 1990.

A despeito dessas breves considerações sobre os estágios evolutivos da administração pública brasileira, impende observar os contornos práticos do fenômeno que tristemente circunda as instituições públicas e privadas da República.

2.2 A SUBSISTÊNCIA DO PARADIGMA DO PATRIMONIALISMO E A CORRUPÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Não obstante a adoção, pelo Estado Brasileiro, de mecanismos gerenciais na administração pública – notadamente com a inclusão expressa do princípio da eficiência no *caput* do artigo 37 da CRFB – é cediço que a gestão pública brasileira ainda remanesce na condição de agente ativo e passivo de inúmeras práticas corruptivas.

A bem da verdade são frequentes os escândalos de corrupção envolvendo agentes públicos em razão de escusas relações com pessoas jurídicas de direito privado, evidenciando o desprezo aos princípios constitucionais e a subsistência de práticas individualistas e pouco republicanas por parte dos governantes.

Todos esses caracteres são indicativos de que o modelo patrimonialista de administração pública ainda permeia as relações públicas e privadas no Estado Brasileiro, gerando incontestemente desserviço aos cidadãos administrados, seja pela não concretização dos direitos fundamentais, seja ainda pela disseminação da cultura da corrupção na sociedade.

No ponto, impende observar os efeitos deletérios gerados na opinião pública quando da reiteração das condutas escusas por parte da administração. Aduz FURTADO (2015):

A corrupção administrativa cria o sentimento de aversão e de frustração entre os servidores honestos que são obrigados a contrariar colegas e chefes, ou a se retirar do serviço público. Do ponto de vista da população, quando a corrupção assume níveis insuportáveis, o sentimento passa a ser o de desencantamento e desilusão. Em vez de considerar o Estado como instrumento para a satisfação das necessidades da população, o cidadão passa a vê-lo como o inimigo a ser combatido, o que leva ao inexorável enfraquecimento da democracia.

As consequências da “cultura da corrupção” se tornam perniciosas a ponto de gerarem a sensação de indiferença no cidadão administrado, que passa a considerar que “as maiores mudanças acontecem em seu país sem seu concurso, achando que todas as coisas não lhe dizem respeito e pertencem a um estranho poderoso chamado governo” (TOCQUEVILLE *apud* FURTADO, 2015).

Não por outra razão, o enfrentamento à corrupção tornou-se ordem do dia nas relações internacionais, e objeto de tratados e convenções com vistas a minorar a ocorrência de práticas corruptivas nos estados democráticos, tanto no âmbito privado quanto na gestão pública.

Nesse contexto, e à vista dos compromissos assumidos internacionalmente pelo Brasil, exsurge a relevância prática da adoção de mecanismos de integridade no âmbito da administração pública brasileira, com vistas à impreterível quebra do paradigma do patrimonialismo que historicamente é apontado como característica de sua gestão pública.

2.3 ANÁLISE DO ATUAL CENÁRIO DO COMPLIANCE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA

A fim de estabelecer as premissas sobre que se fundam os mecanismos de *compliance* e sua necessária incursão na administração pública, mister considerar o primeiro instrumento internacional de essencial importância na assunção de responsabilidade pelos estados democráticos no combate à corrupção.

Trata-se da Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), considerado o primeiro acordo multilateral de proporções internacionais

relacionado ao enfrentamento à corrupção, firmado em 1997 e promulgado no Brasil pelo Decreto 3.678/2000.

A referida convenção tem por principais objetivos a prevenção e o combate ao delito de corrupção de funcionários públicos estrangeiros na esfera de transações comerciais internacionais; e, juntamente com a Convenção das Nações Unidas, determina aos estados partes a adoção de instrumentos aptos a detectar e punir as práticas corruptivas na instância interna, quer advenham estas do setor privado, ou da administração pública em suas relações jurídicas.

É mister salientar que “a corrupção é um fenômeno cujas origens se encontram no desenvolvimento das atividades estatais e compreende todas as suas funções, legislativa, administrativa e judicial” (FURTADO, 2015).

Com efeito, não raramente a administração pública é alvo de escândalos envolvendo atos de corrupção, seja na condição de vítima ou de sujeito ativo dos tipos penais correlatos. Não por outro motivo faz-se imprescindível a adoção de mecanismos de integridade e de detecção de irregularidades na seara administrativa.

Ocorre que, tanto o poder público quanto o setor privado, ao declararem adesão expressa a mecanismos de integridade e códigos de conduta, manifestam a adoção de providências que, não raro, “possuem efeito meramente “cosmético”, funcionando muito mais como uma resposta à opinião pública do que como uma política pública real e efetiva de combate à corrupção”. (ZENKNER, 2017).

Cita-se como exemplo a seara da contratação pública, em que mais proximamente os setores público e privado se relacionam, em tese, com vistas à consecução do interesse público.

Nos últimos meses a administração pública brasileira deu mostras de que, “na prática, a assinatura de contratos é, há tempos, ditada em sua grande maioria pelo montante de propinas e subornos pagos, bem como pela influência de certas empresas dentro do congresso nacional e do executivo” (FREITAS SÁ, 2017).

Esse cenário demonstra que, a despeito da responsabilização prevista aos agentes públicos e privados pela prática de atos de corrupção, ainda se afigura rentável a alguns setores da economia a colusão criminosa para o atingimento de interesses privados, cujo enfrentamento é o principal escopo dos instrumentos de *compliance*.

É precisamente nesta tônica que deve se operar a convergência de objetivos entre o poder público e as pessoas jurídicas do setor privado. Enquanto as empresas devem implementar em sua cultura de governança a noção de que o agir conforme o ordenamento jurídico implica ganhos de credibilidade, tanto pela administração quanto pela sociedade civil, também a administração pública deve promover mecanismos de controle interno para a detecção e responsabilização das práticas corruptas através do alinhamento de sua própria consistência interna com a ética e a moralidade pública.

No ponto, importa assinalar que, para além da edição da Lei Anticorrupção Empresarial (Lei 12.846/2013), os primeiros esforços legislativos no cenário brasileiro foram iniciados com a promulgação da Lei 13.303/2016, que dispõe acerca do estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias no âmbito da administração pública.

A supracitada lei, em seu art. 9º e parágrafos, menciona expressamente o dever das empresas estatais em adotar estrutura e práticas de gestão e controle interno que abranjam a criação de um Código de Conduta e Integridade e de um setor de *compliance* na gestão das referidas estatais. Dispõe o regulamento, *in verbis*:

Art. 9º A empresa pública e a sociedade de economia mista adotarão regras de estruturas e práticas de gestão de riscos e controle interno que abranjam:(...)

§ 1º **Deverá ser elaborado e divulgado Código de Conduta e Integridade**, que disponha sobre:

I - princípios, valores e missão da empresa pública e da sociedade de economia mista, bem como orientações sobre a prevenção de conflito de interesses e **vedação de atos de corrupção e fraude**;

II - instâncias internas responsáveis pela atualização e aplicação do Código de Conduta e Integridade;

III - **canal de denúncias que possibilite o recebimento de denúncias internas e externas** relativas ao descumprimento do Código de Conduta e Integridade e das demais normas internas de ética e obrigacionais;

IV - mecanismos de proteção que impeçam qualquer espécie de retaliação a pessoa que utilize o canal de denúncias;

V - **sanções aplicáveis em caso de violação às regras** do Código de Conduta e Integridade;

VI - previsão de treinamento periódico, no mínimo anual, sobre Código de Conduta e Integridade, a empregados e administradores, e sobre a política de gestão de riscos, a administradores.

§ 4º O estatuto social deverá prever, ainda, a possibilidade de que **a área de compliance** se reporte diretamente ao Conselho de Administração em situações em que se suspeite do envolvimento do diretor-presidente em irregularidades ou quando este se furta à obrigação de adotar medidas necessárias em relação à situação a ele relatada. (grifou-se)

Trata-se, portanto, de norma jurídica cogente às empresas estatais, enquanto entes que compõem a administração pública indireta, com vistas

à implementação de um programa de integridade nos moldes do que se passou a exigir das empresas privadas com o advento da Lei Anticorrupção Empresarial, demonstrando, sobremaneira, os influxos do *compliance* na administração pública brasileira.

Outro dispositivo que prevê expressamente a adoção de mecanismos de *compliance* na administração pública, no âmbito federal, é a Lei 13.334/2016, que cria o Programa de Parcerias de Investimentos – PPI, destinado à ampliação e fortalecimento da interação entre o Estado e a iniciativa privada, no que se prevê a possibilidade de celebração de contratos de parceria entre tais setores, dentre outras medidas de desestatização.

O art. 6º da supracitada norma determina a criação de programas próprios, no âmbito da administração pública da União, visando à adoção das “práticas avançadas recomendadas pelas melhores experiências nacionais e internacionais, inclusive articulação com o CADE e a Secretaria de Acompanhamento Econômico para fins de *compliance* com a defesa da concorrência”. (BRASIL, Lei 13.334/2016, art. 6º, III).

Da análise dos dispositivos supracitados, verifica-se que os programas de integridade públicos ou privados partem de uma principiologia comum, que se pauta precisamente nos apontados pilares de atuação dos mecanismos de *compliance*, a saber: prevenção, detecção e responsabilização.

Com efeito, a elaboração e aplicação dos códigos de conduta na administração pública objetiva, sobretudo, a prevenção de conflitos de interesses entre seus agentes individualmente considerados e as finalidades precípuas de suas entidades, com vistas a evitar os efeitos deletérios das práticas corruptas na condução do respectivo ente estatal.

Acerca da detecção, prevê o supracitado art. 9º da Lei das Estatais a criação de canais de denúncia e de mecanismos de proteção aos servidores que o utilizem com vistas a apontar episódios de descumprimento do código de conduta da entidade, a fim de subsidiar a posterior fase de responsabilização pela aplicação de penalidades aos envolvidos.

As diretrizes de integridade das empresas estatais foram de tal modo delineadas que há previsão expressa de treinamento periódico anual acerca dos Códigos de Conduta adotados nas entidades, e inclusive, a possibilidade de fiscalização contínua de todos os setores da administração, aqui incluído o próprio diretor-presidente, o qual, em caso de prática de irregularidades, não está isento da consequente responsabilização pela aplicação de sanções.

Ressalta-se, outrossim, que a adoção de tais mecanismos por parte da administração pública aponta para a adoção de um “novo paradigma da Administração Brasileira, que está voltado ao abandono da lógica autoritária para a consecução de seus fins por meio do consenso (Administração Dialógica)”. (PIRONTI, 2017).

No ponto, aduzem os profissionais de *compliance* que a efetiva concretização dos mecanismos de integridade entre os setores público e privado passam pela sistemática dialógica de interação entre a administração pública e os administrados que com ela se relacionam.

É dizer, a concretização dos mecanismos internos de integridade na gestão pública – por compreender em suas premissas a mudança cultural no paradigma da governança – exige o estabelecimento de relações mais horizontais e dialógicas com os administrados.

O que ora se discute não é a definitiva superação dos postulados da supremacia e indisponibilidade do interesse público, senão os mecanismos mais republicanos e democráticos para o atingimento de tal intento.

Com efeito, a administração pública gerencial, enquanto atual modelo de gestão, tem por premissas o atingimento das finalidades públicas com o mínimo de dispêndios à máquina administrativa, e o enfoque na busca por resultados eficazes à população atendida, de tal modo que o bom funcionamento do sistema interno da gestão pública traz consideráveis implicações ao alcance de tais objetivos.

Não se olvide da relevância da *accountability* enquanto segundo aspecto da diretriz da eficiência na gestão pública. A toda evidência, o controle social é premissa e objetivo do Estado Democrático de Direito, funcionando como parâmetro de fiscalização e de controle de resultados de uma administração pública dotada de consistência interna convergente com a integridade.

Nos dizeres de MARÇAL (2018):

O *accountability* (sintetizada pelo sinalagma responsabilização-ética), que é inerente a implementação de um código de ética no bojo de programa de *compliance* é tônica que carecem as instituições envolvidas com práticas corruptas, de modo a permitir a sua reabilitação, bem como cumpra função social para a sociedade civil. (...) A regulação deve ser orientada pela norte da consensualidade, a fim de: (i) incorporar as melhores práticas existentes no mercado; (ii) eliminar as falhas da autorregulação; (iii) orientar que o desenvolvimento da sociedade empresária cumpra sua função social. Sob este prisma, a transparência do diálogo entre os atores envolvidos é imprescindível, a fim de gerar o debate com a sociedade civil lastreado por argumentações

técnicas, permitindo o que se convencionou denominar por “governo da razões”.

Ante o exposto, em sendo atualmente os mecanismos de *compliance* objeto de diversos estudos e normas nacionais e internacionais que apontam resultados frutíferos no combate à corrupção envolvendo pessoas jurídicas de direito privado e entes da administração pública, e considerando a relevância da cultura da integridade na gestão e busca da concretização do interesse público, é possível esboçar algumas conclusões, a seguir delineadas.

3 PROPOSIÇÕES CONCLUSIVAS

1. É cediço que o fenômeno da corrupção é responsável por considerável parcela dos prejuízos experimentados por uma comunidade. Os seus efeitos deletérios são de tal monta que ultrapassam a noção patrimonial de desvio das verbas públicas, culminando em um sentimento coletivo de impotência, quando não gera a atração dos mais diversos setores à adoção de práticas escusas com vistas à manutenção de certos privilégios, e o atingimento de suas finalidades rentáveis.
2. A despeito de ser objeto de categóricos e reiterados episódios de corrupção, o cenário brasileiro tem apresentado importantes avanços no combate a esta que pode ser considerada uma falha endêmica de gestão nacional, seja pública ou privada.
3. A Lei 12.846/2013 trouxe importantes inovações no cenário da responsabilização das pessoas jurídicas por atos lesivos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira; além de prever mecanismos administrativos e judiciais para apuração e aplicação de penalidades às empresas, e disciplinar uma nova hipótese de responsabilidade objetiva na ordem jurídica brasileira, atribuindo ao Estado o papel de vítima de atos corruptivos.
4. É também a Lei Anticorrupção responsável por dotar de considerável relevância a presença de mecanismos de integridade no âmbito empresarial, notadamente com vistas à atenuação de sanções pelo efetivo emprego de mecanismos de *compliance* na pessoa jurídica, cujos pilares de desenvolvimento centram-se nos instrumentos de prevenção, detecção e responsabilização dos envolvidos em atos de corrupção.
5. A descentralização na prestação dos serviços públicos é característica da evolução do estado brasileiro após a Reforma do Aparelho do Estado, que, a despeito de caminhar para a adoção do modelo gerencial, ainda apresenta uma gestão pública

maculada pelo paradigma do patrimonialismo, frequentes que são os escândalos de corrupção envolvendo a administração pública.

6. Certo é que o enfrentamento à corrupção tornou-se ordem do dia nas relações internacionais, e recebeu regulamentação através de tratados e convenções com vistas a minorar a ocorrência de práticas corruptivas nos estados democráticos, tanto no âmbito privado quanto na gestão pública.
7. A despeito da responsabilização prevista aos agentes públicos e privados pela prática de atos de corrupção, ainda se afigura rentável a alguns setores da economia a colusão criminosa para o atingimento de interesses privados, cujo enfrentamento é o principal escopo dos instrumentos de *compliance*.
8. É precisamente neste viés que deve operar a convergência de objetivos entre o poder público e as pessoas jurídicas do setor privado. Enquanto as empresas devem implementar em sua cultura de governança a noção de que o agir conforme o ordenamento jurídico implica em ganhos de credibilidade, tanto pela administração quanto pela sociedade civil, também a administração pública deve promover mecanismos de controle interno para a detecção e responsabilização das práticas corruptas através do alinhamento de sua própria consistência interna com a ética e a moralidade pública.
9. No Brasil, os primeiros esforços legislativos foram iniciados com a promulgação das Leis 13.303/2016, 13.334/2016 e com o Decreto 8.420/2015, que regulamenta a Lei Anticorrupção empresarial.
10. O implemento de tais mecanismos por parte das entidades públicas aponta para a adoção de um novo paradigma da gestão pública brasileira, que abandona a lógica verticalizada perante o administrado para priorizar um modelo dialógico de administração.
11. O efetivo enfrentamento à corrupção entre os setores público e privado passa, enfim, pela estruturação de uma consciência geral de retidão e ética nas diversas relações jurídicas da administração pública, tornando imprescindível a internalização de uma cultura anticorrupção entre a administração pública e o cidadão-administrado. O *compliance*, a *accountability* e a participação ativa da sociedade são caminhos que convergem, sobremaneira, no auxílio ao combate de tais práticas corruptas na administração pública.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei 12.846, de 1º de agosto de 2013. **Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm> Acesso em: 28 ago. 2018.

BRASIL, Lei 13.303, de 30 de junho de 2016. **Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13303.htm> Acesso em: 28 ago. 2018.

BRASIL, Lei 13.334, de 13 de setembro de 2016. **Cria o Programa de Parcerias de Investimentos – PPI.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13334.htm> Acesso em: 28 ago. 2018.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. As formas de responsabilização na gestão pública. In: BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos; GRAU, NuriaCunill (Coords.). **Responsabilização na administração pública.** São Paulo: Clad/Fundap, 2006.

CAVALCANTE, Rafael Jardim. O controle externo da lei anticorrupção. In: MUNHÓS, Jorge; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro (coord.). **Lei anticorrupção e temas de compliance.** 2.ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

DIAS, Eduardo Tibau de Vasconcellos. **Compliance e o risco da não conformidade ou non-compliance.** Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI251717,11049-Compliance+e+o+risco+da+nao+conformidade+ou+noncompliance>> Acesso em: 21 ago. 2018.

FREITAS SÁ, Thiago Magalhães. **A importância do compliance na execução de contratos administrativos.** Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI270496,91041-A+importancia+do+compliance+na+execucao+de+contratos+administrativos>> Acesso em: 25 ago. 2018.

FURTADO, Lucas Rocha. **As raízes da corrupção no Brasil.** Estudo de casos e lições para o futuro. 1. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2015.

MARÇAL, Thaís Boia. **Direito administrativo sancionador versus direito administrativo dialógico.** Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI276112,61044-Direito+Administrativo+Sancionador+versus+Direito+Administrativo>> Acesso em: 28 ago. 2018.

PIRONTI, Rodrigo. **Governança, gestão de riscos e compliance: uma nova realidade para a administração pública brasileira.** Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/rodrigo-pironti/governanca-gestao-de-riscos-e-compliance-uma-nova-realidade-para-a-administracao-publica-brasileira>> Acesso em: 27 ago. 2018.

ROMANO, Rogério Tadeu. **Patrimonialismo e corrupção.** Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/66890/patrimonialismo-e-corrupcao>> Acesso em: 25 ago. 2018.

ZENKNER, Marcelo. O papel do setor privado na promoção da integridade nos negócios. In: MUNHÓS, Jorge; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro (coord.). **Lei anticorrupção e temas de compliance.** 2.ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

A INSERÇÃO DO USO DA TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO E COMUNICAÇÃO NO PODER JUDICIÁRIO: EFETIVIDADE DOS PRINCÍPIOS PROCESSUAIS

Erika Brenda do Nascimento Arantes¹
Patrícia Silva Cavalcante²

RESUMO: Este artigo explana a utilização dos recursos de Tecnologia da Informação e Comunicação - TIC pelo Poder Judiciário em efetividade aos princípios processuais. Este Poder tem suas atividades pautadas na jurisdição e, conseqüentemente, na resolução de conflitos sociais. Todavia, diante do expressivo aumento de processos judiciais, o Judiciário necessitou de ferramentas que colaborassem com a prestação jurisdicional satisfatória e célere, ganhando destaque a TIC. Tal fato decorre das constantes inovações tecnológicas que podem ser criadas, exclusivamente, para uso pelo Poder Judiciário ou ainda podem ser de uso comum e de amplo acesso, como os aplicativos de redes sociais. Assim, serão apresentadas algumas destas, com aplicabilidade no Poder Judiciário, e o direcionamento de cada na efetividade de princípios processuais relevantes.

Palavras chave: Jurisdição; ferramentas tecnológicas; efetivação de princípios;

¹Bacharela em direito pelo Instituto Luterano de Ensino Superior de Porto Velho. Assistente Técnico no Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia. E-mail: erikabrenda19@gmail.com

²Bacharela em direito pelo Instituto Luterano de Ensino Superior de Porto Velho. Assistente Técnico no Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia. E-mail: patriciascavalcante26@gmail.com

ABSTRACT: This article explores the use of Information and Communication Technology (ICT) resources by the Judiciary in effectiveness to procedural principles. This Power has its activities based in the jurisdiction and, consequently, in the resolution of social conflicts. However, in view of the significant increase in court cases, the judiciary needed tools that would contribute to satisfactory and expeditious judicial performance, with an emphasis on ICT. This fact stems from the constant technological innovations that can be created exclusively for use by the Judiciary or can be in common use and broad access, such as social networking applications. Thus, it will be presented some of these, with applicability in the Judiciary, and the directing of each in the effectiveness of relevant procedural principles.

Keywords: Jurisdiction; technological tools; effectiveness of principles;

INTRODUÇÃO

O Poder Judiciário tem por função típica exercer a jurisdição estatal, que consiste, de modo simplório, na resolução de conflitos e na busca pela justiça.

Contudo, o Poder Judiciário tornou-se o meio mais buscado para dirimir as lides em detrimento a outros mecanismos existentes, como, por exemplo, mediação e arbitragem.

A grande procura por este Poder para solucionar os problemas e interesses das partes enseja na realidade brasileira de abarrotamento processual e, por conseguinte, lentidão para ofertar uma resposta ao jurisdicionado.

Perante tal fato, o setor de Tecnologia da Informação e Comunicação - TIC ganha destaque na busca do desenvolvimento da justiça, viabilizando rápida resposta as partes, com eficiência e economicidade.

Assim, o presente trabalho busca abordar algumas das diversas soluções de TIC que já possuem aplicabilidade no âmbito do Poder Judiciário e colaboram diariamente com a prestação jurisdicional à sociedade.

1. DO SISTEMA JUDICIÁRIO BRASILEIRO

Em conformidade com o escopo constitucional (BRASIL, 1988, art. 2º), a União possui como poderes o Legislativo, Executivo e o Judiciário, todos de modo independente e harmônico.

Cada Poder possui suas características, funções típicas e atípicas, bem como peculiaridades. Entretanto, para o desenvolvimento desse trabalho será analisado apenas o Poder Judiciário, em especial as ferramentas tecnológicas inovadoras que auxiliam o acesso à justiça.

O Poder Judiciário “tem por função típica a jurisdicional, inerente à sua natureza” (LENZA, 2014, p. 743). Mas o que é jurisdição?

A jurisdição pode ser conceituada como:

Uma das funções do Estado, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça. Essa pacificação é feita mediante a atuação da vontade do direito objetivo que rege o caso apresentado em concreto para ser solucionado; e o Estado desempenha essa função sempre por meio do processo, seja expressando imperativamente o preceito (através

de uma sentença de mérito), seja realizando no mundo das coisas o que o preceito estabelece (através da execução forçada) (CINTRA; GRINOVER; e DINAMARCO, 2009, p. 147).

Por sua vez, Daniel Neves traz que “a jurisdição pode ser entendida como a **atuação estatal** visando a **aplicação do direito** objetivo ao caso concreto, resolvendo-se com **definitividade** uma situação de **crise jurídica** e gerando com tal solução a **pacificação social**” (2013, p. 42, grifo do autor).

Em síntese, a jurisdição, materializada tipicamente pela atuação do Poder Judiciário, consiste na intervenção estatal para resolução das lides, em busca da pacificação, com justiça.

O Poder Judiciário Brasileiro tem como órgãos o Supremo Tribunal Federal, Conselho Nacional de Justiça, Superior Tribunal de Justiça, Tribunal Superior do Trabalho, Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais, Tribunais e Juízes do Trabalho, Tribunais e Juízes Eleitorais, Tribunais e Juízes Militares e Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios (BRASIL, 1988, art. 92).

Os órgãos supramencionados são provocados diariamente pela sociedade, que anseia a resolução dos conflitos de modo célere e justo, e esses não podem se eximir em analisar as lides apresentadas pelos jurisdicionados.

Entretanto, é realidade do Judiciário brasileiro o elevado quantitativo de processos judiciais e a morosidade. Neste sentido, preleciona Coelho: “O judiciário brasileiro é notoriamente reconhecido pela sua lentidão, ineficiência e alto volume de processos” (2017, p. 8).

Segundo levantamento do Conselho Nacional de Justiça- CNJ, “o Poder Judiciário brasileiro finalizou o ano de 2016 com 79,7 milhões de processos em tramitação. [...] Durante o ano de 2016, ingressaram 29,4 milhões de processos” (2017, p. 67). Trata-se de um quantitativo elevado de processos judiciais.

Destaca-se que no final de 2016, o quantitativo de cargos providos de magistrados, entenda-se juízes, desembargadores e ministros, foi de 18.011 (dezoito mil e onze). (CNJ, 2017, p. 61).

Por sua vez, a produtividade desses magistrados oscila nos diversos Tribunais Estaduais, Eleitorais, do Trabalho, Superiores, Federais e Militares Estaduais. (CNJ, 2017, p. 74).

Levando-se em consideração a grande demanda de processos, somado ao quantitativo reduzido de magistrados, bem como a produtividade

efetiva, entende-se relevante buscar meios para que o Poder Judiciário possa desfrutar de ferramentas que venham auxiliar na prestação jurisdicional.

Segundo consta na Resolução nº 198/2014, do CNJ, que institui a Estratégia Nacional do Poder Judiciário para o sexênio 2015/2020, são macrodesafios a efetividade na prestação jurisdicional, bem como celeridade e produtividade na prestação jurisdicional.

Assim, a procura por inovações, com aplicabilidade no âmbito judiciário, tem o intuito de concretizar os macrodesafios, ganhando destaque a área de TIC – Tecnologia da Informação e Comunicação para tal ato.

2.DA TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO E COMUNICAÇÃO - TIC

É necessário antes de tratar da aplicabilidade da Tecnologia da Informação e Comunicação no âmbito do Poder Judiciário verificar a ocorrência do seu processo evolutivo, e ainda, o espaço conquistado na sociedade e a incidência na jurisdição.

Conforme aduzido por Saracevic (1996, p.42), dentre diversas outras áreas do conhecimento, a Ciência da Informação, nos seus diversos aspectos, “teve sua origem no bojo da revolução científica e técnica que se seguiu à Segunda Guerra Mundial” e se mantém num processo célere e contínuo de evolução.

Para Keen,

O conceito de Tecnologia da Informação é mais abrangente do que os de processamento de dados, sistemas de informação, engenharia de software, informática ou o conjunto de hardware e software, pois também envolve aspectos humanos, administrativos e organizacionais (1993, apud CARVALHO et al, 2001, p. 160).

Ainda acerca desse processo evolutivo da Tecnologia da Informação, Saracevic discorreu que “a evolução da CI nos vários países ou regiões acompanhou diferentes acontecimentos ou prioridades distintas, mas a justificativa e os conceitos básicos são os mesmos globalmente. O despertar da CI foi o mesmo em todo o mundo” (1996, p. 43).

Assim, dentre os aspectos humanos, administrativos e organizacionais acima mencionados, a Ciência da Informação passou gradativamente a modificar-se e atingir uma grande relevância e responsabilidade social.

Quando direcionada a aplicação e os impactos da Tecnologia da Informação e Comunicação ao Poder Judiciário, Santos aborda duas vertentes. Na primeira, esse enfatiza a forma de atuação interna e operacional.

Esta primeira vertente inclui questões como a informatização dos tribunais, as novas técnicas de gestão e seu impacto nas relações inter-profissionais no interior dos tribunais, o impacto da mediatização da justiça na funcionalidade interna dos tribunais e nas regras e estilos de atuação profissional, em especial, dos magistrados judiciais e magistrados do ministério público (2005, p. 85).

Na segunda vertente, o autor supramencionado enfatiza os efeitos da modernização das tecnologias na relação existente entre a sociedade e os tribunais

Esta segunda vertente é a mais polêmica porque as suas dimensões técnicas são sobre determinadas pelas suas dimensões políticas. Isto é, ao questionarem à abdicação moderna dos tribunais em serem fontes de informação e de comunicação socialmente relevantes, as novas tecnologias e os novos interesses da comunicação social suscitam a questão da legitimação social e política dos tribunais (2005, p. 85).

Em manifestação no Congresso de Inovações no Poder Judiciário – Conip, o presidente do Superior Tribunal de Justiça e do Conselho da Justiça Federal, Monteiro Filho, aduziu que “A tecnologia da informação, nessa conjuntura, mais do que um mero suporte operacional, é um ingrediente indispensável à concretização das metas estratégicas, a grande mola propulsora da agilidade processual” (2006, p.1).

O Conselho Nacional de Justiça, instituído pela Emenda Constitucional 45/2004 (BRASIL, 2004), atuando no seu papel de “desenvolver políticas judiciárias que promovam a efetividade e a unidade do Poder Judiciário, orientadas para os valores de justiça e paz social” (CJN, 2015) estabelece diretrizes e promove ações que buscam o nivelamento da área de Tecnologia da Informação e Comunicação.

A exemplo do mencionado tem-se a criação da Resolução nº 182/2013 que dispõe acerca da padronização dos procedimentos de contratações em TIC no poder judiciário (CNJ, 2013a). E ainda, a Resolução nº 185/2013 que instituiu o processo judicial eletrônico no âmbito do Poder Judiciário (CNJ, 2013b).

Nas palavras de Santos, as novas tecnologias de comunicação e informação na gestão dos tribunais e no acesso do cidadão à justiça

apresentam um enorme potencial de transformação do sistema judicial, tanto na administração e gestão da justiça, na transformação do exercício das profissões jurídicas, como na democratização do acesso ao direito e à justiça. No que respeita à administração e gestão da justiça, as novas tecnologias podem ter um efeito positivo na celeridade e eficácia dos processos judiciais. Podem, por exemplo, substituir tarefas rotineiras, permitir um controlo (*sic*) mais eficaz da tramitação dos processos, melhorar a gestão dos recursos humanos, das secretarias judiciais e das agendas judiciais, permitir o envio de peças processuais em suporte digital, facilitar o acesso às fontes de direito e, por essa via, ajudar os operadores judiciais a conhecer e a interpretar o sistema jurídico, para muitos operadores judiciais, cada vez mais complexo. (2005, p .90).

Ante o explanado acerca desse processo evolutivo da Ciência da Informação, que abrange um leque extensivo de áreas e passa por um contínuo aperfeiçoamento, no âmbito do poder judiciário tem trazido grandes benefícios não apenas na estrutura e gestão interna, mas também na efetivação do papel da jurisdição com a sociedade.

Assim, a Ciência da Informação, ao longo do tempo, passa por um contínuo processo de aperfeiçoamento e gera reflexos em diversas áreas, como por exemplo no Poder Judiciário. Nesta seara, a CI tem trazido grandes benefícios não apenas na estrutura e gestão interna, mas também na efetivação do papel da jurisdição com a sociedade, como se mostrará no decorrer deste trabalho.

3. AS FERRAMENTAS TECNOLÓGICAS PARA ACESSO À JUSTIÇA

Considerando as demandas judiciais em números expressivos, torna-se imprescindível investimentos no setor de Tecnologia da Informação e Comunicação para que os Órgãos Judiciários tenham acesso às ferramentas tecnológicas eficazes.

Contudo, engana-se quem acredita que todas as soluções de TIC sejam complexas ou de cifras elevadas. Pode ser mencionado como uma solução simples e difundida na sociedade, com aplicabilidade no Poder Judiciário, o WhatsApp.

“O WhatsApp Messenger é uma aplicação multiplataforma de mensagens instantâneas para smartphones que, além de mensagens de texto, permite aos usuários enviar imagens, vídeos e mensagens de áudio de mídia” (Velloso, 2017).

Por meio desta solução, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por exemplo, desenvolve o projeto de intimação judicial, sendo que até janeiro de

2018 teriam sido registradas mais de 11 (onze) mil adesões à ferramenta, com o intuito de dar celeridade às intimações processuais. (CNJ, 2018a).

Por sua vez, o Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia também tem se beneficiado da utilização de ferramentas de TIC ao realizar a inquirição de testemunha por meio do aplicativo WhatsApp, almejando a celeridade processual e economicidade (TJRO, 2018).

No Ceará:

o uso do aplicativo também tem sido eficiente para acelerar os processos envolvendo violência contra a mulher. No juizado da Mulher de Fortaleza, as vítimas podem ser comunicadas por whatsapp sobre a concessão de medidas protetivas [...] além dos demais atos processuais[...] (CNJ, 2018b).

Desse modo, o WhatsApp é um recurso tecnológico difundido na sociedade e que vem ganhando usabilidade no âmbito do Poder Judiciário, já sendo uma “realidade nos Estados de Minas Gerais, Amazonas, Mato Grosso do Sul, Rondônia, Paraná, Maranhão, Alagoas, Ceará, Acre, Mato Grosso, Pernambuco e no Distrito Federal” (CNJ, 2018b). Assim, ao otimizar todo o procedimento comum que envolve a citação das partes em uma lide, tal ferramenta contribui para que a sociedade tenha acesso a justiça de modo eficaz, célere e econômico.

Outra solução tecnológica que permite amplo acesso da população ao Poder Judiciário é o Processo Judicial Eletrônico – Pje. Trata-se de um sistema desenvolvido pelo CNJ em parceria com outros órgãos, sendo uma solução única, gratuita, que atende aos requisitos de segurança e interoperabilidade (CNJ, 2010).

O Pje tem o intuito de permitir a prática e o acompanhamento dos atos processuais independentemente de onde o processo judicial tramitar, razão pela qual propicia a sociedade a aproximação com o Poder Judiciário.

Outro recurso que pode ser mencionado é a Inteligência Artificial. Trata-se de uma solução com elevado investimento para sua implantação, mas com resultados satisfatórios. A Inteligência Artificial é definida como:

a capacidade de um computador digital ou aparelho robótico controlado por um computador a cumprir tarefas normalmente associadas com processos intelectuais superiores, características de seres humanos tais como capacidade de raciocinar, descobrir significados, generalizar ou aprender a partir de experiências do passado. Se usa a expressão para se referir aquele ramo da ciência da computação que cuida do desenvolvimento de sistemas dotados com tais capacidades (DwyerapudEncyclopaediaBritannica, 2001).

A Inteligência Artificial ganha destaque no âmbito jurídico para realizar:

(i) pesquisa jurídica, consistindo em buscas avançadas de jurisprudência, legislação, regulações, etc.; (ii) revisão contratual, capazes de identificar a presença ou ausência de determinadas cláusulas contratuais e implementar cláusulas comuns / standard; e (iii) sugestão de estratégias, a partir da mineração de informações relevantes por meio de análise e correlação de uma alta quantidade de dados, identificando tendências e padrões úteis (COELHO, 2017, p. 29, grifo do autor).

Cabe pontuar que o uso de tal solução permite maior praticidade, rapidez e eficiência, uma vez que reduz custos e tempo investidos para o desenvolvimento dos trabalhos de seus usuários.

Para mensurar tal afirmativa Coelho, no seu trabalho, menciona o caso de um sócio de escritório de advocacia que gastou 10 (dez) horas para realizar uma pesquisa jurídica, enquanto o software especializado ROSS fez em segundos. Segundo o autor, “O mesmo programa é responsável por reduzir o tempo gasto em até 70% em pesquisas jurídicas e 30% em redações.” (2017, p. 30).

Ressalta-se que o uso pelo Poder Judiciário da Inteligência Artificial permitirá eficiência da justiça, vez que elevará a produtividade dos magistrados e, por conseguinte, a sociedade terá, de modo mais ágil, decisões sobre as lides apresentadas.

Assim, as ferramentas tecnológicas mencionadas podem ter o uso direcionado às necessidades judiciárias, viabilizando amplo acesso ao Judiciário, celeridade, economicidade e eficiência processual. Contudo, não são as únicas com aplicabilidade no Poder Judiciário.

4. A EFETIVIDADE DOS PRINCÍPIOS PROCESSUAIS COM A INSERÇÃO DAS SOLUÇÕES DE TIC NO PODER JUDICIÁRIO

Atualmente, a jurisdição tem sido utilizada praticamente como único meio para solução da lide e, por conseguinte, efetivação da justiça, fato que não invalida outros meios de composição dos conflitos. Também funciona “como um poderoso instrumento na garantia e concretização de direitos encartados nas Constituições” (LUCENA FILHO, 2012, p. 2).

Contudo, a busca constante pela judicialização caracteriza a cultura da litigância, que “abarrota os Tribunais, reproduz insatisfações quanto à inefetividade qualitativa da resposta da Justiça e integra um modelo de solução de controvérsias carcomido pela dificuldade em dialogar” (LUCENA FILHO, 2012, p. 3/4).

Perante tal fato, torna-se imprescindível para o desenvolvimento do Poder Judiciário a busca de soluções de TIC que venham solucionar ou minimizar as problemáticas vivenciadas.

Como exposto no tópico anterior, o WhatsApp, o PJe e a Inteligência Artificial são algumas das tecnologias que contribuem diariamente com as atividades jurisdicionais e permitem que a sociedade tenha acesso ao Judiciário e mais, tenham acesso à justiça.

Destaca-se que a inserção do uso de TIC no âmbito judiciário permite a efetividade de alguns princípios correlatos ao processo como: duração razoável do processo, eficiência, acesso à justiça e economia processual.

Para melhor compreensão serão apresentados os princípios supramencionados em conjunto com as tecnologias de TIC.

O princípio da duração razoável do processo encontra-se expresso no Pacto de San Jose da Costa Rica (Convenção de Direitos Humanos), cito:

Artigo 8º - Garantias judiciais

1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e **dentro de um prazo razoável**, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza (BRASIL, 1992, grifou-se).

A Constituição Federal também consagra tal princípio:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LXXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação (BRASIL, 1988) (grifou-se).

Em conformidade com as normativas mencionadas, Montans de Sá aduz que “para que a jurisdição seja efetiva, tem o Judiciário a obrigação de prestá-la de forma tempestiva, num processo sem dilações indevidas” (2012, p. 41).

Desse modo, a Tecnologia da Informação e Comunicação pode auxiliar na celeridade dos julgamentos dos processos por meio de softwares de I.A., vez que estes têm, dentre outras funcionalidades, a capacidade de realizar pesquisas jurisprudenciais e elaborar minuta do voto. A Inteligência Artificial é “capaz de aumentar a eficiência no provimento de diferentes tarefas – não só - no serviço público, trazendo números impressionantes

em ganhos de produtividade e apresentando real capacidade de diminuir o engarrafamento processual” (COELHO, 2017, p. 56).

O WhatsApp, por sua vez, permite uma rápida citação ou inquirição de testemunha. Assim, tem-se ferramentas que otimizam o tempo de julgamento da lide, permitindo que o Judiciário de uma resposta ao jurisdicionado de modo célere.

O princípio da eficiência “impõe a condução eficiente de um determinado processo pelo órgão jurisdicional” (Didier Jr, 2013, p. 72). Para materializá-la pode-se mencionar sua correlação com a duração razoável do processo, vez que o jurisdicionado teria rápida resposta a sua demanda judicial.

O PJe também se relaciona com tal princípio, vez que é possível observar a atuação do Conselho Nacional de Justiça “voltada para a progressiva utilização dos modernos instrumentos tecnológicos para o oferecimento de um melhor serviço. As política [sic] institucionais em referência voltam-se para a economicidade e para a efetividade da prestação jurisdicional” (TESSLER, 2007, p. 17).

O princípio do acesso à justiça ou inafastabilidade da jurisdição encontra-se previsto no art. 5º, XXXV da Constituição Federal, bem como no Código de Processo Civil, no art. 3º. Cito, respectivamente:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
[...]

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (BRASIL, 1988).

Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito (BRASIL, 2015).

Os artigos retromencionados constituem o princípio da inafastabilidade da jurisdição. Sobre este princípio Bulos preleciona:

O princípio da inafastabilidade do controle judicial posta-se como uma liberdade pública subjetiva, genérica, cívica, abstrata e incondicionada, conferida às pessoas físicas e jurídicas, nacionais e estrangeiras, sem distinções ou retaliações de nenhuma espécie.

Desse modo, juízes e tribunais são chamados a decidir o caso concreto, acolhendo ou rejeitando a pretensão formulada. Se o pedido for plausível, os membros do Poder Judiciário não poderão furtar-se ao exame da lide, pois a prestação jurisdicional é indeclinável (2014, p. 629).

Tal princípio tem o intuito:

de que qualquer forma de “pretensão”, isto é, “afirmação de direito” pode ser levada ao Poder Judiciário para solução [...]. Uma vez provocado, o Estado-juiz tem o dever de fornecer àquele que bateu às suas portas uma resposta mesmo que seja negativa (BUENO, 2014, p. 80).

E como poderia a tecnologia auxiliar a sociedade em ter acesso ao Judiciário e ver sua pretensão tutelada?

O PJe, como já dito, permite que a população, de qualquer lugar, consiga ter acesso ao processo judicial, sendo dispensável, portanto, o deslocamento até o órgão em que tramita os autos. Ensejando ainda, em ampla publicidade dos atos processuais à sociedade.

Por fim, o princípio da economicidade é correlato ao tempo necessário para o desenvolvimento do processo, bem como a redução de custos nele envolvidos e a otimização da prestação jurisdicional. “Em suma, trata-se de desenvolver o máximo da prestação jurisdicional no menor espaço de tempo com o menor esforço possível, obtendo o máximo de resultados coincidentes com os objetivos mais amplos de todo o sistema jurídico” (BUENO, 2014, p. 102).

Acerca das ferramentas de TIC e o princípio supracitado é possível mencionar o WhatsApp que permite, por exemplo, a economicidade de atos para citação ou inquirição de uma testemunha.

O PJe, por sua vez, permite a economicidade de papeis, enseja em otimização de tempo. Segundo noticiado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso “A implantação do PJe significa a redução dos gastos com impressão e outsourcing de impressoras; da mesma forma, o consumo de combustível é reduzido [...] Sobretudo, a implantação do PJe significa economia de tempo e melhor qualidade de vida” (TJMT, 2018).

Desse modo, a Tecnologia da Informação e Comunicação e suas inovações permite o desenvolvimento da justiça e a efetividade de princípios processuais, ensejando em benefícios tanto à jurisdição quanto à sociedade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Poder Judiciário, responsável pela jurisdição estatal, tem a necessidade de atuar com maestria, agilidade, eficiência, solucionando todos os conflitos que lhes for apresentado.

Atualmente, tal Poder é altamente demandado, razão pela qual tem-se elevado quantitativo de processos judiciais aguardando a devida tutela. Perante referido cenário é necessário que o Poder Judiciário goze de meios que auxilie o trabalho diário na prestação jurisdicional.

Para auxiliar no julgamento tempestivo das demandas, o setor de Tecnologia da Informação e Comunicação- TIC possui soluções que são desenvolvidas para aplicabilidade no Poder Judiciário ou ainda que podem ser direcionadas para este.

Trata-se de ferramentas tecnológicas que podem ser gratuitas ou necessitam de alto investimento para implantação, mas todas têm como objetivo contribuir com o Poder Judiciário na prestação jurisdicional de modo célere, eficaz, econômico e solucionando as demandas.

Dentre as soluções, destacou-se neste trabalho, o WhatsApp, o PJe e a Inteligência Artificial e suas respectivas funcionalidades no Poder Judiciário. O WhatsApp, por exemplo, permite a rápida citação, inquirição de testemunha e ainda comunicação de concessão de medidas preventivas para mulheres, vítimas de violência doméstica. Por sua vez, o PJe proporciona ao cidadão o acesso ao processo eletrônico ajuizado em qualquer localidade, sem a necessidade de deslocamento, oportunizando, ainda, ampla publicidade dos atos processuais. Por fim, a Inteligência Artificial promove a celeridade da elaboração de minutas de voto.

As ferramentas supramencionadas permitem a simplificação de atos processuais e, por conseguinte, a concretização de princípios processuais que ensejam no desenvolvimento da justiça.

Pode ser mencionado dentre os princípios concretizados para as soluções de TIC: duração razoável do processo, eficiência, acesso à justiça e economia processual. Tais princípios são efetivados quando as ferramentas de TIC permite ao cidadão acesso ao Poder Judiciário e, mais, a resposta desse sobre a lide apresentada de maneira ágil, satisfatória, eficiente e econômica.

Desse modo, as ferramentas de TIC propiciam o desenvolvimento e maturidade do Poder Judiciário e, por conseguinte, viabiliza para a sociedade a tutela estatal de maneira satisfatória, concretizando princípios processuais.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília, DF: Senado Federal. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, 9 nov 1992.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, 5 out 1988.

_____. Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. DF: Senado Federal. 31 dez 2004.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. DF: Senado Federal. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, 17 março 2015.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil**, vol. 1. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

BULOS, UadiLammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª ed. rev. e atual. De acordo com a Emenda Constitucional n. 76/2013. São Paulo: Saraiva, 2014.

CARVALHO, Marly Monteiro de; LAURINDO, Fernando José Barbin; RABECHINI JR, Roque; SHIMIZU, Tamio. **O papel da Tecnologia da Informação (TI) na estratégia das Organizações**. GESTÃO & PRODUÇÃO. v.8, n.2, p.160-179, ago. 2001.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 25 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2009.

Conselho Nacional de Justiça. **PJe - Processo Judicial Eletrônico**. Brasília, 2010. Disponível em http://www.cnj.jus.br/images/dti/processo_judicial_eletronico_pje/processo_judicial_eletronico_grafica2.pdf.

_____. **Resolução nº 182, de 17 de outubro de 2013a**. Dispõe sobre diretrizes para as contratações de Solução de Tecnologia da Informação e Comunicação pelos órgãos submetidos ao controle administrativo e financeiro do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2496>.

_____. **Resolução nº 185, de 18 de dezembro de 2013b.** Institui o Sistema Processo Judicial Eletrônico - PJe como sistema de processamento de informações e prática de atos processuais e estabelece os parâmetros para sua implementação e funcionamento. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2492>.

_____. **Resolução nº 198, de 1º de julho de 2014.** Dispõe sobre o Planejamento e a Gestão Estratégica no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/resol_gp_198_2014_copiar.pdf.

_____. **Portaria 167, de 15 de dezembro de 2015.** Institui o Plano Estratégico do Conselho Nacional de Justiça para o período de 2015-2020. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/files/atos_administrativos/portaria-n167-15-12-2015-presidencia.pdf.

_____. **Justiça em Números 2017:** ano-base 2016. Brasília: CNJ, 2017. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/12/b60a659e5d5cb79337945c1dd137496c.pdf>.

_____. **Juizes usam WhatsApp para auxiliar atos processuais em 12 estados.** Brasília, 30 jan 2018a. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/86080-juizes-usam-whatsapp-para-auxiliar-atos-processuais-em-11-estados-2>. Acesso em 24 de abril de 2018, às 18:07.

_____. **Tribunal adota medidas de inovação de Tecnologia da Informação.** Brasília, 10 abril 2018b. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/judiciario/86468-tribunal-adota-medidas-de-inovacao-de-tecnologia-da-informacao>. Acesso em 24 de abril de 2018, às 18:45.

COELHO, João Victor de Assis Brasil Ribeiro. **Aplicações e Implicações da Inteligência Artificial no Direito.** Universidade de Brasília, 2017.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil:** Introdução ao Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento. Vol. 1. 15ª ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2013.

DWYER, Tom. **Inteligência artificial, tecnologias informacionais e seus possíveis impactos sobre as Ciências Sociais.** Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1517-45222001000100004. Acesso em 25 de abril de 2018, às 14:52.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático.** 18ª ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

LUCENA FILHO, Humberto Lima de. **A cultura da litigância e o poder judiciário:** noções sobre as práticas demandistas a partir da justiça brasileira. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/>

artigos/?cod=84117275be999ff5. Acesso em 25 de abril de 2018, às 15:42.

MONTANS DE SÁ, Renato. **Processo civil I: teoria geral do processo**. São Paulo: Saraiva, 2012.

MONTEIRO FILHO, Raphael de Barros. **Congresso de Inovações no Poder Judiciário** – Conip, 2006. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/8769/CONIP_Judici%C3%A1rio_2006.pdf.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: MÉTODO, 2013.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Os tribunais e as novas tecnologias de comunicação e de informação**. Sociologias, Porto Alegre, ano 7, nº 13, jan/jun 2005, p. 82-109.

SARACEVIC, Tefko. **Ciência da Informação: origem, evolução e relações**. Perspec. Ci. Inf., Belo Horizonte, v. 1, n. 1, p. 41-62, jan./jun. 1996.

TESSLER, Marga Inge Barth. **A Inovação Tecnológica na Administração da Justiça: Práticas Inovadoras**. Fundação Getúlio Vargas. Porto Alegre, 2007. Disponível em: <http://www.escoladaajuris.org.br/phl8/arquivos/TC000013.pdf>. Acesso em 25 de abril de 2018, às 18:03.

Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia. **Costa Marques agiliza processos com videoconferência em audiências**. Porto Velho, 24 abril 2018. Disponível em <https://www.tjro.jus.br/noticias/item/9234-costa-marques-agiliza-processos-com-videoconferencia-em-audiencias>. Acesso em 24 de abril de 2018, às 18:00.

Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso. **PJe: agilidade, economia e sustentabilidade**. Cuiabá, 29 jul 2018. Disponível em: <http://www.tjmt.jus.br/noticias/45172#.WzQAOtJKjSE>. Acesso em 03 de maio de 2018, às 15:08.

VELLOSO, Fernando de Castro. **Informática: Conceitos Básicos**. 10 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2017.

AGENTE INFILTRADO: UMA ANÁLISE QUANTO AOS REQUISITOS E SUA APLICABILIDADE E EFICIÊNCIA NO ATUAL CENÁRIO DO DIREITO BRASILEIRO

Diogo Boghossian Soares da Rocha¹

RESUMO: O presente artigo faz uma digressão histórico-normativa do instituto da infiltração de agente no cenário jurídico nacional, bem como pontua aspectos jurídicos relevantes e que merecem a atenção necessária na aplicação do eficiente instrumento de obtenção de provas, notadamente em relação a regramentos introduzidos com a edição da Lei 12.850/13, que acabou por assentar postulados a serem seguidos pelos agentes envolvidos, especialmente o Poder Judiciário, Ministério Público e Polícia Judiciária, analisando, ainda, a sua efetiva aplicação no cenário atual brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: **Infiltração de Agentes.** Digressão histórico-normativa. Questões jurídicas relevantes introduzidas pela Lei 12.850/13. Requisitos. Efetividade e Aplicabilidade no cenário atual brasileiro.

¹Promotor de Justiça; Membro do Ministério Público do Estado de Rondônia; diogorocha@mpror.mp.br

INTRODUÇÃO

O presente estudo visa dissecar as minúcias dessa, ao menos no Brasil, nova técnica de investigação policial, imprescindível para o combate ao sofisticado e sempre atualizado mundo do crime, já que os meios de produção de provas tradicionalmente conhecidos não alcançam mais resultados satisfatórios no combate ao, verdadeiramente, crime organizado.

O instituto da infiltração de agente policial, apesar de ser novidade em nosso ordenamento jurídico, vem sendo aplicado como eficiente instrumento probatório ao redor do mundo, principalmente nos continentes Norte-Americano e Europa, já faz bastante tempo, com resultados enormemente significativos.

No Brasil, apesar de não ser uma novidade trazida pela Lei 12.850/13, já que o instituto foi mencionado em leis anteriores, o fato é que as omissões dessas leis quanto a aspectos procedimentais e operacionais do instituto praticamente inviabilizavam sua aplicação, sendo que, somente com o advento da Lei de Combate ao Crime Organizado é que se passou a vislumbrar um cenário favorável para aplicação do instituto, em que pese sua inaplicabilidade prática, como se verá no decorrer deste estudo.

1. CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA

Ao conceituar o instituto da infiltração policial, Everton Luiz Zanella leciona que (2016, p. 181):

É uma técnica especial de investigação criminal que tem por fim específico a obtenção de prova, “a fim de combater eficazmente a criminalidade organizada”. Por meio desta técnica, um agente policial (chamado de agente infiltrado, ou, em outros países, de agente encoberto) infiltra-se na organização criminosa, como se dela fosse membro, para buscar informações e colher elementos relevantes para apurar os fatos, como, por exemplo, saber quem são os líderes, quais as tarefas executadas por cada um dos membros e as sedes utilizadas para os negócios escusos, entre outros.

Da própria conceituação do instituto é possível aferir, de forma clara, sua natureza jurídica de meio de produção de prova. André Carlos e Reis Friede, em sua obra ‘Aspectos Jurídico-Operacionais do Agente Infiltrado’, de maneira mais completa, conceituam o instituto já deixando claro sua natureza jurídica (2014, p. 16):

A infiltração policial, enquanto meio de prova (art. 3º, VII, da Lei 12.850/13), caracteriza-se por sua própria complexidade jurídico-operacional,

considerando, ainda, tratar-se de uma técnica especial de investigação através da qual um agente policial, devidamente selecionado e treinado para a tarefa, ocultando a verdadeira identidade, e utilizando outra a ser fornecida pelo Estado, é introduzido no âmbito de uma organização criminosa e, conquistada a confiança dos verdadeiros membros, passa a atuar com o fim de obter provas a respeito das atividades delituosas praticadas, objetivando, com isso, desmantelá-la.

Guilherme de Souza Nucci (2013, p. 75) enxerga a natureza jurídica do instituto como um meio de prova misto, visto que o agente tanto busca provas materiais como funcionará como testemunho de tudo aquilo que presenciou enquanto infiltrado na organização criminosa; não obstante, sua natureza jurídica, como se denota, não deixa de reconhecer, ainda que genericamente, como um meio de prova.

Questão interessante a ser enfrentada na conceituação do instituto, a fim de que possa ficar definitivamente compreendido e evitar distorções deste meio de prova é a sua diferenciação quanto a outros meios de obtenção de prova que trazem certa similitude com a infiltração de agentes, que, contudo, jamais se confundem.

A doutrina, de uma forma geral, traz três outros personagens que guardam alguma correlação com a infiltração de agentes, são eles: Agente Provocador, Agente Encoberto e Informante; a diferenciação estará basicamente na forma de atuar daquele incumbido de passar as informações de um ilícito para a polícia.

Para tanto, a fim de melhor compreender as diferenças, se faz necessário, antes, conceituarmos agente infiltrado, na visão de Zanella (2016, p. 183):

O agente infiltrado é um policial, selecionado e treinado, que, com respaldo legal e autorização judicial, será dissimuladamente integrado à organização criminosa com a finalidade de angariar provas dos crimes cometidos (ou dos que ocorrerão no curso da diligência) e da respectiva autoria, bem como para buscar, se possível, seu desmantelamento.

Veja que o agente infiltrado há de ser, necessariamente, um agente de polícia judiciária que é “infiltrado” na organização criminosa, após a obediência de todo um trâmite legal disciplinado em lei, que culmina com a autorização judicial, chamada por alguns doutrinadores de mandado de infiltração.

Já o agente provocador, segundo o professor Flávio Cardoso Pereira (Revista do MP-GO, Goiânia, ano XI, n.16, dez/2008, p. 42), citando Julius Glaser, “é aquele que instiga a outro a perpetrar o delito tão somente porque

quer que esse resulte posteriormente convicto e seja castigado”. Segundo o citado mestre, o agente provocador pode até mesmo ser um particular.

Confrontando a atuação de ambos, Flávio Cardoso finaliza asseverando que o infiltrado, diferentemente do provocador, jamais poderá promover atos que instiguem ou incitem a prática do delito, sob pena de poder responder pelo ilícito praticado. Frise-se que a atuação do provocador poderá ensejar em um flagrante preparado, invalidando toda a prova produzida, o que jamais ocorre com o instituto da infiltração de agente.

Nesta seara, o autor Joaquim Loureiro, em seu livro: “Agente Infiltrado? Agente Provocador!” (2007, p. 43 *et seq.*), traz análise minuciosa de um fato ocorrido durante investigação em Portugal, na qual, em uma queixa contra o Estado Português, foi enfrentada a questão pelo T. E. D. H (Tribunal Europeu dos Direitos dos Homens), suprema instância europeia na defesa dos direitos humanos, tendo sido sacramentada, no ano de 1998, a ilegalidade da prova produzida naquele caso, que considerou a atuação do policial como agente provocador, por violação ao art. 6º, § 1º, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, condenando o Estado Português a indenizar o investigado.

Outra figura que aparece citada por alguns doutrinadores é a do agente encoberto ou agente meramente *encubierto*, denominado pelo Direito espanhol. Segundo André Carlos e Reis Friede este seria “o policial que, a fim de investigar determinada infração penal, oculta sua verdadeira condição, não chegando a se infiltrar, todavia, na organização criminosa” (2014, p. 26).

Importante destacar a diferenciação estabelecida pelo Direito Espanhol quanto ao “agente meramente *encubierto*”, conceituado acima, do “agente *encubierto*”, considerado como sinônimo de agente infiltrado.

Por fim, os Informantes, que seriam aquelas pessoas que prestam informações de todo tipo à autoridade pública, sem que suas identificações sejam reveladas. Estas, em verdades, são colaboradores que resolvem prestar informações quanto a um ilícito às autoridades, em regra, sem que sejam identificadas; não obstante, nada impede que se identifiquem.

Flávio Cardoso traz em seu artigo “Meios Extraordinários de Investigação Criminal: Infiltrações Policiais e Entregas Vigiadas” outros personagens que guardam alguma relação com os infiltrados, mas que com eles não se confundem, como o denunciante anônimo e o arrependido, embora, a meu ver, se enquadrem como espécies de informantes.

Assim, uma vez estabelecido os conceitos da infiltração de agentes e do agente infiltrado, resta claro que se trata de um meio específico de

produção de prova, regulamentado pela Lei 12.850/13, que em nada se confunde com as demais formas de produção de provas já utilizadas pela polícia e que prescindem de autorização judicial

2. AGENTE INFILTRADO NO CONTEXTO HISTÓRICO

A prática de adotar medidas para melhor conhecer os oponentes, tentando obter informações privilegiadas de dentro da cúpula inimiga, existe desde os tempos antigos. Segundo Montoya, citado por Flávio Cardoso Pereira (2013, p. 316-317), o antecedente histórico mais importante do agente infiltrado está relacionado com as atividades de espionagem política levada a cabo na França durante o regime absolutista.

Flávio Cardoso (2013, p. 316-320), em sua obra *“El Agente Infiltrado desde el Punto de Vista del Garantismo Procesal Penal”*, escrito em língua espanhola, cita, ainda, opinião de diversos estudiosos que apontam inúmeros outros marcos históricos que teriam sido a origem remota da infiltração de agentes, tais como: Polícia de Paris durante o século XVIII; programa de infiltração de agentes criado por EUGÈNE FRANÇOIS VIDOCQ em 1800; programa de infiltração policial denominado *SpecialIrishBranch* no Reino Unido em 1883; *ItalianSquad* nos Estados Unidos em 1906.

Everton Luiz Zanella (2016, p.182), citando Montoya, sustenta que a origem da infiltração de agentes no contexto mundial se deu nos idos de 1850, com a fundação, nos Estados Unidos da América, da *PinkertonAgency*, uma agência de detetives encarregada de infiltrar-se nas quadrilhas do oeste.

Enfim, independente do marco histórico do surgimento do instituto, o fato é que é inegável que os adversários desde sempre utilizaram-se da tática de tentar obter informações de seus oponentes para melhor conhecê-los e, assim, ter mais sucesso na tentativa de desmantelá-los.

Segundo o professor Flavio Cardoso (2013, p. 320), *“Se puede concluir de modo general, por lo tanto, que el origen natural de la figura específica del agente encubiertopuede ser buscado especialmente en la antigüedad, mas precisamente em Francia del siglo XVII.”*

Já devidamente regulamentado e disciplinado em lei, nos moldes do que hoje se conhece por agente infiltrado, sua previsão nos principais países Europeus se deu, em sua maioria, na década de 90. Por exemplo, na Alemanha surgiu em 1992 através de legislação destinada a combater o narcotráfico; na Espanha foi implementado em 1999 pela Lei Orgânica nº 5, que inseriu o art. 282 no CPP espanhol; em Portugal foi previsto no art. 59º, nº 1 do Decreto-

Lei nº 15/93 e art. 6º da Lei nº 36/94, estando atualmente disciplinado pela Lei nº 101 de 2001.

Nos Estados Unidos da América, apesar de não haver um regulamento único e específico quanto à infiltração de agentes, certamente é o país onde esta técnica de investigação é mais solidificada, tendo sido intensificada após a guerra civil americana e evoluído a partir de 1930, quando o FBI passou a adotá-la. Hodiernamente é frequentemente utilizada pelas polícias estaduais e federais (FBI e DEA).

No plano internacional, a infiltração de agentes ganhou destaque através das Convenções de Palermo, internalizadas através do Decreto 5.015/2004 (art. 20.1), e da Organização das Nações Unidas - ONU contra a Corrupção de 2003 (art. 50.1).

Como se sabe, a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, cognominada de Convenção de Palermo, é o principal instrumento normativo global de combate ao crime organizado, sendo aprovado na Assembleia Geral da ONU do dia 15 de novembro de 2000.

Artigo 20 - Técnicas especiais de investigação (texto em português):

1. Se os princípios fundamentais do seu ordenamento jurídico nacional o permitirem, cada Estado Parte, tendo em conta as suas possibilidades e em conformidade com as condições prescritas no seu direito interno, adotará as medidas necessárias para permitir o recurso apropriado a entregas vigiadas e, quando o considere adequado, o recurso a outras técnicas especiais de investigação, como a vigilância eletrônica ou outras formas de vigilância e as operações de infiltração, por parte das autoridades competentes no seu território, a fim de combater eficazmente a criminalidade organizada.
2. Para efeitos de investigações sobre as infrações previstas na presente Convenção, os Estados Partes são instados a celebrar, se necessário, acordos ou protocolos bilaterais ou multilaterais apropriados para recorrer às técnicas especiais de investigação, no âmbito da cooperação internacional. Estes acordos ou protocolos serão celebrados e aplicados sem prejuízo do princípio da igualdade soberana dos Estados e serão executados em estrita conformidade com as disposições neles contidas.
3. Na ausência dos acordos ou protocolos referidos no parágrafo 2 do presente Artigo, as decisões de recorrer a técnicas especiais de investigação a nível internacional serão tomadas casuisticamente e poderão, se necessário, ter em conta acordos ou protocolos financeiros relativos ao exercício de jurisdição pelos Estados Partes interessados.
4. As entregas vigiadas a que se tenha decidido recorrer a nível internacional poderão incluir, com o consentimento dos Estados Partes envolvidos, métodos como a interceptação de mercadorias e a autorização de prosseguir o seu encaminhamento, sem alteração ou após subtração ou substituição da totalidade ou de parte dessas mercadorias.

Como se denota da transcrição do dispositivo, apesar da previsão do instituto, o fato é que ele não disciplinou de maneira detalhada as condições

e forma de aplicação, ficando cada Estado membro incumbido de legislar regulamentando a aplicação do instituto.

Por seu turno, em nível europeu, a infiltração de agentes ganhou destaque no Convênio entre os Estados-membros da União Europeia de Assistência Judicial Penal de 2000, que, assim como a Convenção de Palermo, também atribuiu a função de disciplinar e detalhar sua aplicação às legislações nacionais, merecendo destaque, segundo o professor Flávio Cardoso (2013, p. 337), o Tratado de Lisboa:

La existencia y obligatoriedad jurídica de este catálogo, a pesar de no incluirse expresamente en el Tratado, supone un gran avance para la defensa de los Derechos fundamentales pues aporta visibilidad al compromiso europeo frente a los ciudadanos y con ello, un refuerzo a la identidad europea. Asimismo, el catálogo de derechos otorga a los ciudadanos europeos mayor seguridad jurídica y una mejor y más completa protección, en la medida en que se regulan nuevos derechos no recogidos ni en las Constituciones nacionales ni en el CEDH

2.1 INFILTRAÇÃO DE AGENTES NO DIREITO INTERNO

Em relação ao direito interno, a primeira aparição do instituto da infiltração de agentes se deu com a Lei 9.034/95, cujo art. 2º, I, disciplinava:

Art. 2º Em qualquer fase de persecução criminal que verse sobre ação praticada por organização criminosa são permitidos, além das já previstos na lei, os seguintes procedimentos de investigação e formação de provas:

I – a infiltração de agentes de polícia especializada em quadrilhas ou bando, vedada qualquer coparticipação delituosa, exceção feita ao disposto no art. 288 do Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940 – Código Penal, de cuja ação se preexclui, no caso, a antijuridicidade;
(...)

Não obstante, a redação foi vetada pelo Presidente da República, já que, além de prever o instituto de maneira extremamente simplória, não trazia a imprescindível necessidade de autorização judicial para adoção da medida, o que poderia trazer enorme insegurança jurídica aos cidadãos. Dessa forma, acertadamente, assim foi redigido o veto:

O inciso I do art. 2º, nos termos em que foi aprovado, contraria o interesse público, uma vez que permite que o agente policial, independente de autorização do Poder Judiciário, se infiltre em quadrilhas ou bandos para a investigação de crime organizado. (...)

Além do mais, deve-se salientar que o dispositivo em exame concede expressa autorização legal para que o agente infiltrado cometa crime, preexcluída, no caso, a antijuridicidade, o que afronta os princípios adotados pela sistemática do Código Penal.

Em assim sendo, parece-nos que o inciso I do art. 2º deve merecer o veto do Excelentíssimo Senhor Presidente da República, nos termos do art. 66, § 1º, da Constituição Federal, ressaltando, contudo, que este Ministério, posteriormente, encaminhará proposta regulamentando a matéria constante do dispositivo acima mencionado.

Questão interessante é que o projeto de lei nº 3.516/89, do qual se originou a Lei 9.034/95, da lavra do então deputado Michel Temer, previa em seu art. 8º a necessidade de autorização judicial para a infiltração de agentes, ocorre que, com a supressão deste artigo durante o processo legislativo, acabou por comprometer todo o instituto, tendo ao final sido acertadamente vetado pelo Presidente.

Naturalmente que, além da não previsão da autorização judicial, a “permissão” em cometer crimes, também inviabilizaria a aplicação do instituto; em suma, apesar de ter tido sua aparição no Brasil em 1995, o fato é que o dispositivo sequer virou lei, permanecendo a técnica de investigação inexistente no ordenamento jurídico brasileiro.

Praticamente seis anos depois, com o advento da Lei nº 10.217 de abril de 2001, foi finalmente introduzido em nosso ordenamento jurídico a técnica de investigação conhecida como infiltração policial.

A referida lei teve o escopo tão somente de alterar a redação dos artigos 1º e 2º da Lei nº 9.034/95, bem como inserir os incisos IV e V e um parágrafo no art. 2º, suprimindo as alegadas omissões e incorreções que deram azo ao veto presidencial parcial da antiga lei; vejamos o que foi acrescido à Lei nº 9.034/95 pela Lei nº 10.217/01:

Art. 1º Esta Lei define e regula meios de prova e procedimentos investigatórios que versem sobre ilícitos decorrentes de ações praticadas por quadrilha ou bando ou organizações ou associações criminosas de qualquer tipo.

Art. 2º Em qualquer fase de persecução criminal são permitidos, sem prejuízo dos já previstos em lei, os seguintes procedimentos de investigação e formação de provas:

(...)

V – infiltração por agentes de polícia ou de inteligência, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes, mediante circunstanciada autorização judicial.

Parágrafo único. A autorização judicial será estritamente sigilosa e permanecerá nesta condição enquanto perdurar a infiltração.

Dessa forma, a Lei Federal nº 10.217/01 introduziu o instituto da infiltração policial na Lei nº 9.034/95, sendo a técnica de investigação formalmente existente em nosso ordenamento jurídico, em que pese a sua persistente falta de regulamentação e disciplina.

Apesar da existência formal do instituto, o fato é que, pela maneira simplória que veio disciplinado, sem qualquer regulamentação quanto ao procedimento e demais meios operacionais a serem adotados, o instituto recebeu uma enxurrada de críticas da doutrina, todas extremamente pertinentes, já que inviabilizava a aplicação da novel técnica de investigação.

Uma das principais críticas à lei inovadora era o fato de ter ela ampliado o rol de incidência da técnica investigadora (previa apenas para crimes praticados por quadrilha ou bando, tendo sido acrescida para as associações e organizações criminosas), sem sequer haver um conceito no ordenamento jurídico nacional do que consistia o conceito de “Organização Criminosa”; vejamos o que diz a professora Sônia Brito (2016, p. 184):

A Lei 9.034/95 como já referida, criada com o objetivo de regulamentar os procedimentos de prevenção e repressão às ações praticadas por organizações criminosas, não conceituou o que deveríamos entender por essas organizações direcionadas para a criminalidade e, uma vez alterada pela Lei nº 10.217/01, continuamos sem saber do que se trata, visto que apenas temos orientações a respeito das definições de quadrilha ou bando e associação criminosa, grupos criminosos estes tipificados na legislação pátria.

A ausência de um conceito legal quanto a organização criminosa em nosso ordenamento jurídico acabou por gerar inúmeras interpretações doutrinárias quanto ao seu conceito, promovendo uma inegável insegurança jurídica quanto à aplicabilidade do instituto.

Além desta, inúmeras outras divergências doutrinárias surgiram com a nova redação dada pela lei nº 10.217/01: Era aplicável também para as contravenções penais, já que a nova lei referiu-se a “ilícitos” e não mais a “crime”, como a anterior? Era constitucional a previsão da possibilidade de agentes de inteligência se infiltrarem, tal como os agentes de polícia? Tais questionamentos serão abordados quando da análise da Lei Federal nº 12.850/13, que, de antemão esclareço, foram superados.

Pois bem, a partir daí algumas legislações federais reproduziram o instituto da infiltração de agentes no ordenamento jurídico nacional, sem que seguissem a mesma redação, acarretando, a toda evidência, uma desordem sistêmica, porquanto cada norma de regência estabeleceu requisitos distintos, sendo que nenhuma delas previu o procedimento e demais meios operacionais para a efetiva aplicação do instituto.

Logo no ano seguinte, 2002, foi publicada a Lei Federal nº 10.409/02, que dispunha sobre a prevenção, o tratamento, a fiscalização, o controle e a repressão à produção, ao uso e ao tráfico ilícito de produtos, substâncias ou

drogas ilícitas, prevendo, em seu art. 33, a infiltração policial:

Art. 33. Em qualquer fase da persecução criminal relativa aos crimes previstos nessa Lei, são permitidos, além dos previstos na Lei nº 9,034, de 3 de maio de 1995, mediante autorização judicial, e ouvido o representante do Ministério Público, os seguintes procedimentos investigatórios:

I – infiltração de policiais em quadrilha, grupos, organizações ou bandos, com o objetivo de colher informações sobre operações ilícitas desenvolvidas no âmbito dessas associações;
(...).

Verifique que a redação dada pela Lei do Tráfico, quanto à técnica investigativa, não previu a possibilidade de agentes de inteligência realizarem a infiltração, exigiu a oitiva do Ministério Público antes da decisão judicial, além de permitir a adoção da técnica investigativa para apurar crimes praticados por “grupos” criminosos, gerando ainda mais insegurança jurídica e divergência doutrinária.

Não obstante, tal redação durou pouco mais de quatro anos, já que, em 2006, foi revogada pela Lei Federal nº 11.343/06, atual Lei de Drogas, que disciplinou:

Art. 53. Em qualquer fase da persecução criminal relativa aos crimes previstos nesta Lei, são permitidos, além dos previstos em lei, mediante autorização judicial e ouvido o Ministério Público, os seguintes procedimentos investigatórios:

I – a infiltração por agentes de polícia, em tarefa de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes;
(...)

Assim, passaram a coexistir em nosso ordenamento jurídico duas previsões quanto a infiltração de agentes, com algumas incongruências entre elas. Em nenhuma delas havia um regramento claro quanto ao procedimento e operacionalização do instituto, sendo merecedor de inúmeras críticas doutrinárias. Luiz Flávio Gomes *et al* (2011, p. 284) ao analisarem o art. 53, I, da Lei nº 11.343/06, ensinam:

A infiltração policial (*undercover*) foi disciplinada, mais uma vez, de modo lacunoso. Muitos são os dispositivos legais, no estrangeiro, que cuidam do assunto. O primeiro problema que se apresenta é o seguinte: quais crimes o infiltrado está autorizado a praticar? Toda pessoa que se apresenta ao crime organizado submete-se a ordens e é compelido a praticar alguns crimes. O infiltrado estaria isento de qualquer pena nesse caso? Quais crimes ele poderia praticar sem ter problemas legais? O infiltrado deve mudar sua identidade, a de sua família, etc. Quando descoberto é aposentado compulsoriamente. Nada disso foi regulado na nova lei. A eficácia do instituto está seriamente comprometida. Vejamos sua eficiência. O tempo dirá se esse meio investigativo é realmente útil.

De acordo com o entendimento majoritário da doutrina à época, quando a investigação referia-se a prática criminosa afeta ao tráfico ilícito de entorpecente, aplicava-se a Lei especial; quando a investigação tivesse escopo em outro crime, aplicava-se a Lei nº 9.034/95 com a redação dada pela Lei nº 10.217/01.

Em que pese a enxurrada de críticas, o fato é que o instituto estava vigente e podendo ser aplicado nas futuras investigações policiais. Nesse sentido, posicionamento de Jesus e Bechara, citado por André Carlos e Reis Friede (2014, p. 05-06):

Apesar da redação lacunosa da lei que introduziu a figura do agente infiltrado, não há necessidade de regulamentação dela por meio de outra espécie normativa. A principal exigência para sua aplicação, que constitui o *standart* mínimo para o deferimento da medida, está expressamente reconhecida. Assim, há as exigências de se tratar de associação criminosa e de decisão judicial fundamentada. Não se faz qualquer alusão quanto ao procedimento ou ao prazo da medida. É possível, contudo, afirmar a intencionalidade dessa omissão legislativa, uma vez que a determinação do prazo deve se orientar pela necessidade do caso concreto e pelo bom senso e responsabilidade do juiz. Por outro lado, a iniciativa de provocação é do Ministério Público e da autoridade policial. Por se tratar de uma providência indiscutivelmente de caráter cautelar, o pedido deve ser autuado em apartado, mantido o absoluto e irrestrito sigilo ao longo da infiltração.

No mesmo sentido, Damásio Evangelista de Jesus, citado por Zanella (2016, p. 186), defendia a vigência do instituto, e mais, sustentava a aplicação por analogia da Lei nº 9.296/96 – Lei das Interceptações Telefônicas – para suprir as lacunas deixadas pelas leis que disciplinaram a infiltração de policiais.

Como se percebe pelos posicionamentos doutrinários, dada a ausência de regulamentação mais detalhada quanto a diversos aspectos do procedimento e operacionalização do instituto, coube aos estudiosos e juristas, cada um com sua visão, tentar estabelecer as condições mínimas para aplicabilidade do instituto, o que, naturalmente, acarretou uma insegurança jurídica e uma inaplicabilidade na prática.

Com isso, apesar da vigência do instituto, tornou-se imprescindível que o Congresso Nacional regulamentasse a matéria, com maiores especificidades quanto à aplicabilidade da técnica investigativa, delimitando prazos, condições, consequências, procedimento, garantias, deveres, dentre outros.

Assim, através do Projeto de Lei do Senado – PLS nº 150 – de autoria da então Senadora Serys Slhessarenko, foi deflagrado, no ano de 2006,

procedimento legislativo que culminou com a promulgação da Lei Federal nº 12.850/13, conhecida como a Lei de Combate ao Crime Organizado, que, enfim, regulamentou o instituto, trazendo todos seus pormenores para sua efetiva aplicabilidade.

3. INFILTRAÇÃO DE AGENTES NA LEI DE COMBATE AO CRIME ORGANIZADO – LEI FEDERAL Nº 12.850/13.

A Lei Federal nº 12.850/13, já em seu artigo 1º, resolve uma questão que foi objeto de infinita discussão doutrinária e jurisprudencial, ao conceituar expressamente e de forma clara o que se entende por Organização Criminosa, colocando fim à subjetividade do intérprete.

Disciplina, em seu art. 1º, § 1º, aspectos materiais e procedimentais no enfrentamento ao crime organizado, definindo organização criminosa como sendo a associação de 04 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenadas e caracterizadas pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com o objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

Com isso afasta a discussão existente em relação à quantidade mínima de pessoas necessárias para configurar uma organização criminosa, além de delimitar a aplicabilidade da lei e, conseqüentemente, de suas técnicas de investigação, para a apuração de “infrações penais” cujas penas sejam superiores a quatro anos.

Ao mencionar expressamente “infrações penais” e não “crimes”, deixa claro o legislador a intenção de possibilitar a aplicação da lei para todos os tipos de ilícitos penais, inclusive para as contravenções penais, o que também era objeto de divergência. Nesse sentido André Carlos e Reis Friede (2014, p. 21): “A partir de agora, não se discute mais que a nova Lei do Crime Organizado poderá alcançar organizações voltadas para a prática de contravenções penais”.

Referida norma trouxe aspectos importantes não apenas na definição, mas também na tipificação do crime de organização criminosa, findando uma omissão legislativa histórica, como se depreende do seu art. 2º, *in verbis*:

Art. 2º Promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa, sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas.

§ 1o Nas mesmas penas incorre quem impede ou, de qualquer forma, embaraça a investigação de infração penal que envolva organização criminosa.

Não apenas conceituou e tipificou o crime de Organização Criminosa como também trouxe e regulamentou diversas espécies de meios de obtenção de prova (colaboração premiada, ação controlada, infiltração de agentes, captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos, entre outros) destacando especial atenção ao instituto da infiltração policial, certamente uma técnica investigativa de vital importância para combate ao crime organizado, que a cada dia mais se estrutura, se condiciona e se fortalece, sendo imprescindível a adoção de novas técnicas de investigação para fazer frente a tamanha evolução do crime, que constantemente se aperfeiçoa e inova.

Frise-se que os mecanismos colocados à disposição das autoridades pela Lei de Combate ao Crime Organizado são essenciais para o enfrentamento da corrupção e demais crimes organizados, já que os “antigos” meios de produção de provas já não são mais capazes de possibilitar uma exitosa apuração dos fatos, dada a enorme evolução, tanto tecnológica quanto estrutural, da organização criminosa.

Assim, passaremos a esmiuçar e analisar tão somente uma das técnicas de investigação trazida pela referida Lei, a Infiltração de Agentes, matéria a que se propõe o presente artigo.

Inicialmente cabe destacar, de acordo com o que leciona Flávio Cardoso (2013, p. 381-382), que a finalidade concreta da infiltração seria conseguir informações relevantes e suficientes para se chegar à desarticulação da organização criminosa, prevenindo e combatendo os crimes por elas praticados.

Inegavelmente que ao se infiltrar em uma organização criminosa, o agente policial visa evitar a prática de novos delitos (prevenção), na medida do possível e desde que sua atitude não estrague o disfarce, e, principalmente, obter informações para que as autoridades possam desvendar os crimes já praticados e punir os responsáveis (repressão).

Quanto aos aspectos materiais que envolvem a infiltração de agentes como espécie de obtenção de provas, *ex vi* da seção III da Lei 12.850/13, merece destaque a exposição dos (i) requisitos e a (ii) responsabilidade penal do infiltrado.

3.1 REQUISITOS

Ao analisar o disposto nos artigos 10 a 14 da Lei nº 12.850/13, a maior parte da doutrina consente em estipular os seguintes requisitos, são eles: a) natureza da infração penal e indícios de sua prática; b) imprescindibilidade e proporcionalidade; c) agente de polícia judiciária e voluntariedade; d) representação do delegado ou requerimento do Ministério Público e) decisão judicial circunstanciada, motivada e sigilosa; f) prazo.

No entanto, para a aplicação da infiltração de agente, não basta tão somente o preenchimento dos requisitos legais, é necessário que o infiltrado apresente “condições” que viabilizem a medida, tais como: treinamento adequado, falseamento da identidade, aptidão física e mental, acompanhamento, dentre outros, fator que será abordado em tópico próprio.

A Lei nº 12.850/13 ao dispor em seu artigo 10, *caput*: “A infiltração de agentes de polícia em tarefas de investigação, representada pelo delegado de polícia ou requerida pelo Ministério Público, após manifestação técnica do delegado de polícia quando solicitada no curso de inquérito policial, será precedida de circunstanciada, motivada e sigilosa autorização judicial, que estabelecerá seus limites”, já explicita alguns requisitos essenciais do instituto.

Entretanto, o primeiro dos requisitos para aplicação do instituto vem disposto ainda no art. 1º da mencionada lei, combinado com § 2º do art. 10: “Será admitida a infiltração se houver indícios de infração penal de que trata o art. 1º e se a prova não puder ser produzida por outros meios disponíveis.” (destacado). a) Natureza da infração penal e indícios de sua prática.

Como dito, a Lei nº 12.850/13 trouxe diversos novos mecanismos extraordinários de investigação, condicionando, entretanto, suas aplicações tão somente para apuração de ilícitos ligados a organização criminosa, cuja pena máxima seja superior a quatro anos.

Assim, o primeiro requisito para que se possa utilizar a técnica de investigação da infiltração de agentes, bem como as demais, previstas no art. 3º da lei, é que os ilícitos investigados sejam decorrentes de organização criminosa, assim conceituada em seu art. 1º, § 1º, e que a pena máxima seja superior a quatro anos.

Além destes crimes, a lei também previu a possibilidade de aplicação das técnicas investigativas para apuração de infrações penais previstas em tratado ou convenção internacional quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente

(§ 2º, I), bem como às organizações terroristas internacionais, reconhecidas segundo as normas de direito internacional, por foro do qual o Brasil faça parte, cujos atos de suporte ao terrorismo, bem como os atos preparatórios ou de execução de atos terroristas, ocorram ou possam ocorrer em território nacional (§ 2º, II).

Naturalmente, por se tratar de medida cautelar, não se faz necessária a prova da materialidade e autoria de tais crimes, mas tão somente indícios de que estejam sendo praticados e de quem sejam seus autores. Para tanto deverá o magistrado, ao proferir a decisão, analisar os requisitos clássicos: fumaça do bom direito – que são os indicadores da existência de um dos ilícitos previstos nos §§ 1º e 2º da lei – e o perigo da demora – risco ou prejuízo que a não realização da operação poderá causar para a aplicação da lei penal, para a investigação ou mesmo para se evitarem novas infrações penais.

Questão que muito se debatia antes do advento da lei, como já mencionado anteriormente, era quanto ao conceito de organização criminosa, o que acarretava inegável insegurança jurídica, vez que não se sabia, de forma precisa, quais fatos no caso concreto poderiam ser considerados como organização criminosa e, conseqüentemente, ser aplicado às técnicas extraordinárias de investigação; entretanto, dada a clareza com que foi conceituada em seu § 1º, creio que a discussão perdeu seu objeto, sendo impertinente sua abordagem.

Outro requisito que também vem previsto no § 2º do art. 10 é a imprescindibilidade: “(...) e se a prova não puder ser produzida por outros meios disponíveis.” b) Imprescindibilidade e Proporcionalidade:

A infiltração de agentes trata-se, sem dúvida, de uma das, ou quiçá, a mais eficiente técnica extraordinária de investigação existente no mundo. É inegável que, uma vez bem desempenhada, trará relevantíssimos frutos para uma exitosa investigação policial e conseqüente desmantelamento de uma estrutura criminosa.

Isso porque, como é de sua essência, um, ou mais, agentes do Estado, devidamente disfarçados, passarão tempos imersos dentro da cúpula de uma “sociedade” voltada para a prática de ilícitos, obtendo informações e colhendo provas que jamais poderiam ser angariadas de outra forma que não estando no seio, no núcleo da organização criminosa.

Ao conseguir a confiança dos integrantes e “fazer parte” da organização criminosa, o agente obterá elementos de provas que seriam inimagináveis de se obter por outro meio. No livro “Infiltrado – O FBI e a Máfia” (2009, Ed.

Larousse), o agente do FBI Joaquim [Jack] Garcia, narra uma história verídica sobre a investigação feita aos Gambino, considerada a “primeira família” do crime organizado, descrevendo diversos fatos em que atuou como infiltrado em inúmeras investigações contra o narcotráfico nos EUA, demonstrando a imensa efetividade do instituto para o desmantelamento do crime.

Em contrapartida também é, inegavelmente, o meio de produção de provas mais invasivo da intimidade e demais garantias fundamentais do infiltrado, colocando, a depender do caso e da organização criminosa, a sua integridade física e sua vida em risco. Vejamos o que diz Flávio Cardoso (2013, p. 382-383):

Sin embargo, el agente incubierto merece el calificativo de “medio de control extraordinario” al conllevar una alteración de principios constitucionales básicos u un fuerte “ataque” a determinados derechos fundamentales, razones ambas determinantes de que su empleo quede sometido al cumplimiento de estrictos requisitos legales, paliativos de los riesgos para las garantías procesales vigentes en un Estado de Derecho.

Desta feita, a medida ganha caráter de excepcionalidade máxima, ou seja, só se permite sua adoção caso seja extremamente imprescindível para a investigação, e mais, que ao menos já se tenha tentado angariar as provas através de outros meios previstos na própria Lei nº 12.850/13 como, por exemplo, a interceptação de comunicação telefônica. É o que dizem os professores André Carlos e Reis Friede (2014, p. 24):

Uma estratégia a ser empregada pelo magistrado para subsidiar a tomada de decisão é verificar, nos autos de investigação, se outros meios de prova já foram manejados, tal como a interceptação das comunicações telefônicas, uma vez que não seria minimamente razoável entender como a infiltração policial poderia ser deferida antes mesmo daquela ter sido manobrada.

Outro fator a ser observado para o deferimento da medida, que a meu ver está diretamente relacionado com a imprescindibilidade, é a proporcionalidade, já que os delitos investigados devem guardar proporção com a invasividade aos direitos fundamentais do infiltrado, ou seja, não se deve autorizar a medida quando não for para apuração de crimes de extrema gravidade. Há de se fazer uma ponderação entre o crime que se está apurando e a ofensa aos direitos do agente.

Leciona Flávio Cardoso Pereira em seu artigo para a Revista do Ministério Público de Goiás, ainda antes da promulgação da Lei nº 12.850/13 (2008, p. 46):

O juízo de proporcionalidade consiste noutro requisito extremamente indispensável ao êxito da infiltração. Impõe-se que a infiltração apenas possa ser utilizada quando os direitos a serem protegidos forem superiores àqueles que serão violados com a infiltração (por exemplo, serão violados os direitos fundamentais de intimidade, privacidade, imagem, honra etc.). Assim, quando o crime a investigar, na falta de regulamentação, o princípio da proporcionalidade em sentido estrito faz a limitação pelo máximo de gravidade, somente permitindo a infiltração quanto a crimes graves.

Voltando, agora, ao *caput* do art. 10, é possível extrair os demais requisitos legais: “Art. 10. A infiltração de agente de polícia (...)”. c) Agente de Polícia Judiciária e Voluntariedade:

A nova legislação, ao iniciar o artigo mencionando expressamente “a infiltração de agente de polícia”, acaba com uma divergência também existente antes de sua edição. Isso porque as normas anteriores (art. 2º, V, da Lei 9.034/95, com redação acrescida pela Lei nº 10.217/01), previam a possibilidade dos agentes de inteligência (ABIN) também figurarem como infiltrados, o que sempre foi questionado pela doutrina, dada sua incontestável inconstitucionalidade, em razão da ofensa ao disposto no art. 144 da CF.

Inclusive, a inconstitucionalidade de atuação dos agentes de inteligência como Polícia Judiciária foi reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça, quinta turma, quando do julgamento do Habeas Corpus nº 149.250/SP, rel. Min. Adilson Vieira Macabu, no famoso julgamento da operação *Satiagraha*:

- (...) 1. Uma análise detida dos 11 (onze) volumes que compõem o HC demonstra que existe uma grande quantidade de provas aptas a confirmar, cabalmente, a participação indevida, flagrantemente ilegal e abusiva, da ABIN e do investigador particular contratado pelo Delegado responsável pela chefia da operação *Satiagraha*.
2. Não há se falar em compartilhamento de dados entre a ABIN e a polícia federal, haja vista que a hipótese dos autos não se enquadra nas exceções previstas na Lei nº 9.883/99.
3. Vivemos em um Estado Democrático de Direito, no qual, como nos ensina a Prof.^a Ada Pellegrini Grinover, in “Nulidades no Processo Penal”, o direito à prova está limitado, na medida em que constitui as garantias do contraditório e da ampla defesa, de sorte que o seu exercício não pode ultrapassar os limites da lei e, sobretudo, da constituição.
4. No caso em exame, é inquestionável o prejuízo acarretado pelas investigações realizadas em desconformidade com as normas legais, e não convalidam, sob qualquer ângulo que seja analisada a questão, porquanto é manifesta a nulidade das diligências perpetradas pelos agentes da ABIN e um ex-agente do SNI, ao arrepio da lei (...)

Desta forma, a proposital exclusão dos agentes de inteligência da Lei nº 12.850/13, que revogou a Lei nº 9.034/95, demonstrou claramente a acertada intenção do legislador em permitir, tão somente, aos agentes

da polícia judiciária, com competência constitucional relativa à segurança pública, de praticarem atos próprios da polícia judiciária, como é a infiltração de agentes.

Ademais, segundo André Carlos e Reis Friede (2014, p. 28) “o artigo 1º da Lei 9.883 de 7 de dezembro de 1999, diploma legal que instituiu o Sistema Brasileiro de Inteligência, bem como criou a ABIN, confere uma competência restritiva a tal instituição.”

Por fim, no que se refere ao requisito do agente infiltrado ser policial, entendo corolário lógico do próprio instituto que esta adesão do policial ao meio de prova seja de forma voluntária.

Seria inimaginável que algum agente de polícia se submeteria a tamanhas privações de ordem pessoal e profissional, submergindo ao mundo do crime, sem que fosse por vontade própria; até porque, se não houver extrema dedicação e voluntariedade por parte do infiltrado, certamente a operação estará fadada ao fracasso.

Tanto é assim que uma das formas da cessação da infiltração de agentes, previstas em lei, é pela manifestação de vontade do agente policial (art. 14, I, da Lei 12.850/13), independentemente de prévia comunicação ao Delegado de Polícia ou Ministério Público. A previsão legal deixa claro que a infiltração não poderá ser iniciada ou continuada por ordens de superiores hierárquicos, se não houver a voluntariedade do infiltrado.

Prosseguindo com os requisitos legais, disciplina o art. 10: “(...) representada pelo delegado de polícia ou requerida pelo Ministério Público, após manifestação técnica do delegado de polícia quando solicitada no curso de inquérito policial (...)”. d) Representação do Delegado ou Requerimento do Ministério Público:

Este requisito procedimental estabelece a forma como deve se dar início à aplicação da técnica legislativa; e, levando-se em consideração nosso sistema processual penal adotado em nosso ordenamento jurídico, não poderia ser diferente.

Como se trata de um meio de produção de prova, a ser produzida em sede de investigação policial, nada mais natural que tivesse que ser representado pelo Delegado de Polícia ou requerido pelo Ministério Público, os responsáveis pela investigação criminal em nosso país.

Questão inovadora, ao menos se levarmos em consideração as demais provas cautelares já conhecidas em nosso sistema, é a necessidade de uma

prévia manifestação técnica do delegado quando o requerimento for feito pelo Ministério Público. Isso se dá porque o responsável pela operacionalização da infiltração, ainda quando requerida pelo *Parquet*, se dará utilizando-se do aparato, tanto estrutural quanto pessoal, da Polícia Judiciária. Assim, nada mais correto que o responsável direto pela adoção da medida se manifeste quanto à viabilidade de executá-la ou não.

Portanto, entende-se que tal manifestação, de suma importância, se dá tão somente para que o delegado ateste a possibilidade de implementar a medida no caso específico, esclarecendo se há estrutura e pessoal qualificado para tanto, mas jamais se imiscuindo no mérito do requerimento, cuja análise compete ao juiz.

Lado outro, como nas demais provas cautelares mais conhecidas, uma vez representada pelo Delegado de Polícia, deverá necessariamente ser ouvido o Ministério Público (art. 12, § 1º da Lei nº 12.850/13), que poderá, diferentemente da situação inversa, opinar sobre a conveniência ou não da medida, já que faz parte das atribuições constitucionais do Ministério Público o controle das atividades policiais.

Questão que se apresenta controvertida na doutrina diz respeito ao momento do requerimento da prova, se somente durante a investigação policial ou se também poderia ser feita já no curso da ação penal.

Uma corrente minoritária defende que a medida pode ser requerida ou representada tanto na fase de investigação quanto requerida pelo Ministério Público na fase judicial, conforme defendido por Guilherme de Souza Nucci (2015, p.86). Segundo o doutrinador, ao prever no *caput* do art. 10 que o juiz apreciará o pleito após manifestação técnica do delegado “quando solicitado no curso de inquérito policial”, permite concluir que seria possível requerer tal medida em momento outro que não no curso do inquérito policial, o que só poderia ser no curso da ação penal.

Outra corrente, majoritária, entende que a infiltração de agentes só poderá ser feita durante a investigação policial. Fundamenta o entendimento no fato de o art. 12, § 2º, da lei prever que “os autos contendo as informações da operação de infiltração acompanharão a denúncia do Ministério Público”. Ora, se acompanharão a denúncia é porque tem que ter sido realizado antes de seu oferecimento.

Filio-me à segunda corrente, não só pelos fundamentos expostos acima, mas por entender que a realização da infiltração no curso da ação penal inviabilizaria o instituto. Ora, como manter o sigilo da operação obedecendo

aos princípios do contraditório e ampla defesa, que regem a ação penal?

Uma vez deferida a medida no curso da marcha processual, não havendo como suspender o processo, por princípios constitucionais, a parte contrária teria o direito de tomar conhecimento, sob pena de nulidade da prova produzida. Uma vez conhecido da parte contrária, não faz sentido infiltrar um policial em uma organização criminosa assumindo todos os riscos inerentes à medida, confiando que a outra parte não vá informar os integrantes da organização.

Ademais, como se trata de uma medida excepcional, *ultima ratio*, como justificar seu requerimento se já foi oferecida a denúncia? Como justificar que já havia elementos mínimos para o oferecimento da ação penal e durante a ação penal entender que a infiltração seria a única forma de comprovar a infração?

Assim, pelos fundamentos acima expostos e, ainda, pela natureza eminentemente investigativa da medida, defendo só possa ser realizada durante a investigação policial, entendendo que a expressão utilizada pelo legislador no *caput* do art. 10 consiste em mero preciosismo legislativo. Neste sentido, Everton Luiz Zanella (2016, p.190):

Em suma, embora não haja vedação legal para infiltração durante a fase judicial, ela, na prática, é absolutamente inviável diante das dificuldades de ser concretizada ao longo do processo-crime. Pior que isso: ela feriria, a nosso ver, os princípios da proporcionalidade (se já há processo em trâmite, a infiltração não seria a *ultimaratio* probatória), bem como, a ampla defesa e o contraditório (uma operação em andamento em fase de instrução judicial contraditória não poderia ser ocultada da defesa técnica – diferentemente do que ocorre com as diligências cautelares promovidas na fase investigativa).

Por fim, em se tratando de requerimento/representação, a lei traz algumas exigências que devem constar do pedido, tais como: demonstração da necessidade da medida, o que será ou poderá ser angariado pelos agentes como meio de prova e, quando possível o nome ou apelido dos integrantes e a localidade (art. 11 da Lei nº 12.850/13).

Esta exigência se dá, mais uma vez, em razão da excepcionalidade da medida, uma vez que se está sendo necessário socorrer-se a infiltração, é necessário que se tenha angariado um mínimo de informações (indícios de materialidade e autoria) por outros meios de prova.

Finaliza o art. 10 com a seguinte previsão: “(...) será precedida de circunstanciada, motivada e sigilosa autorização judicial, que estabelecerá seus limites.”e) decisão judicial circunstanciada, motivada e sigilosa:

Esta previsão, cuja omissão foi a razão do veto presidencial quando da tentativa de introduzir o instituto no ordenamento jurídico brasileiro em 1995, passou a estar presente desde a Lei nº 10.217/01.

Segundo a doutrina, o termo “circunstanciada” quer dizer que a decisão judicial não deve se limitar a deferir a medida, mas sim estipular, o quanto seja possível, os limites e alcance da medida; enfim, deverá o magistrado, tanto quanto possível, especificar expressamente na decisão quais provas o infiltrado estará legitimado a produzir, como, por exemplo, apreensão de documentos, escuta ambiental, gravação, dentre outras.

Deverá, ainda, estipular prazos para emissão de relatórios por parte do infiltrado, duração da infiltração, delimitar o objetivo e justificar a imprescindibilidade da medida, enfim, deverá consignar na decisão tudo aquilo que possibilite um maior controle da operação, dando um verdadeiro norte aos executores da medida.

Já no que se refere à motivação, como sabido, por imperativo constitucional, toda decisão judicial deve ser devidamente motivada. Quanto ao sigilo, trata-se de providência essencial a ser adotada pelo magistrado, sob pena de comprometer e inviabilizar toda a produção de prova e, o que é ainda mais temeroso, se for quebrado no curso da infiltração, colocará em sério risco a vida dos infiltrados.

Assim, trata-se de medida essencial a ser adotada e fiscalizada pelo magistrado, que deve tomar as providências pertinentes para que o sigilo seja mantido, desde sua distribuição e tramitação (art. 12, caput e § 2º, da Lei nº 12.850/13), inclusive no interior de seu gabinete, o que também deve ser atentado pelo promotor e delegado.

Finalizando os requisitos para a implementação da medida, prevê a lei no § 3º do art. 10: “§ 3º A infiltração será autorizada pelo prazo de até 6 (seis) meses, sem prejuízo de eventuais renovações, desde que comprovada sua necessidade.” f) Prazo:

Este requisito legal visa garantir uma maior segurança e controle judicial em operação de tamanha relevância, na medida em que estipula um prazo máximo de efetivação da medida sem que se tenha nova decisão judicial. Ora, não poderá nenhuma operação de infiltração policial perdurar mais de 6 meses sem que o judiciário analise novamente a pertinência e imprescindibilidade da medida.

Isso não quer dizer que o judiciário só analisará a conveniência do prosseguimento da medida a cada seis meses, muito pelo contrário,

deverá o magistrado e as demais autoridades envolvidas, neste interstício, constantemente aferir e avaliar a plausibilidade em prosseguir com a infiltração, tanto que é possível a exigência de relatórios do infiltrado, até mesmo diário, se for o caso, justamente para que se acompanhe de perto a eficiência da produção das provas e os eventuais riscos suportados pelo infiltrado.

Não obstante, a previsão legal de duração máxima de seis meses garante uma segurança maior no controle da medida, sendo certo que ela pode ser renovada por, no máximo, igual período, quantas vezes se demonstre necessária e imprescindível.

3.2 RESPONSABILIDADES DO AGENTE INFILTRADO

Uma vez infiltrado, conforme já mencionado anteriormente, o agente poderá se ver em determinadas situações em que, para não estragar seu disfarce, seja necessária a prática de determinados ilícitos penais; nesse cenário, quais seriam as consequências quanto à responsabilização pelos atos praticados pelo infiltrado?

Em razão da ausência de previsão legal quanto ao tema nas legislações anteriores, existia um grande debate doutrinário relativo à possibilidade de o infiltrado praticar crimes sem ser responsabilizado, bem como quanto a quais seriam os crimes que poderiam ser praticados.

O fato é que não havia consenso na doutrina a respeito do tema, sendo que parte entendia que o infiltrado poderia praticar qualquer crime, desde que presentes a razoabilidade e a proporcionalidade, outros entendiam que não poderiam ser praticados crimes contra bens jurídicos considerados de alto valor, como a vida, por exemplo.

Com o advento da Lei nº 12.850/13, houve certa amenização nas divergências, já que ela disciplinou:

Art. 13. O agente que não guardar, em sua atuação, a devida proporcionalidade com a finalidade da investigação, responderá pelos excessos praticados.

Parágrafo único. Não é punível, no âmbito da infiltração, a prática de crime pelo agente infiltrado no curso da investigação, quando inexigível conduta diversa.

Como se percebe, a lei não estipulou quais crimes podem ou não ser praticados, o que nos permite concluir que pode ser qualquer um, desde que não seja exigível do agente uma conduta diversa. Ou seja, não limitou os

crimes, mas também não foi dada uma “carta branca” ao infiltrado, já que só não responderá pelo fato se, analisando o caso concreto, não for exigível dele uma conduta diversa.

Outro aspecto que era muito discutido e que a nova lei acabou por deixar expresso girava em torno de qual seria a natureza desta isenção de responsabilidade pelos ilícitos praticados. Restou claro que a lei entendeu tratar-se de uma causa de exclusão da culpabilidade, por inexigibilidade de conduta adversa.

Não obstante a previsão legal, a doutrina não é pacífica quanto ao tema, entendendo que, a depender do ilícito praticado, irá incidir uma causa distinta de excludente. Segundo Cezar Roberto Bittencourt e Paulo César Busato (2014, p. 177-182), citado por Everton Luiz Zanella (2016, p. 210):

Se o crime praticado encontra-se na esfera do previsto no projeto de infiltração (autorizado judicialmente), haverá uma situação de justificação (estrito cumprimento do dever legal) e o agente infiltrado somente responderá pelo crime se houver excesso, ou seja, se exceder os limites do que foi autorizado – art. 13 da Lei 12.850/2013.

Porém, se o crime praticado pelo agente não estiver relacionado à investigação em curso – ou seja, estiver fora do alcance do projeto operacional autorizado – não mais falamos de causa excludente da ilicitude, mas sim, de culpabilidade, caso se verifique que o agente foi compelido a cometê-lo – art. 13, parágrafo único.

Já André Carlos e Reis Friede (2014, p. 80) entendem ser determinadas condutas atípicas, por ausência de dolo:

Por conta disso, preferimos a primeira solução, porque, a nosso ver, a ação específica de se infiltrar na organização, com o objetivo de desmantelá-la, não se reveste de tipicidade, não sendo correto invocar, neste diapasão analítico, nem o estrito cumprimento do dever legal, nem a causa excludente da culpabilidade insculpida no art. 13, parágrafo único, da Lei 12.850/2013

Henrique Viana Bandeira Moraes, em seu artigo “Da Responsabilidade Penal dos Agentes Infiltrados em Organizações Criminosas”, publicado na Revista Jus Navigandi, defende ser uma causa de escusa absolutória, já que constituem causas pessoais de exclusão de pena, sendo melhor aplicável aos agentes infiltrados por política criminal.

De outro lado, Helena Frade Soares, em seu artigo “Da Infiltração Policial em Organizações Criminosas: Evolução, Espécie e Consequências”, entende que, por imperativo legal, em qualquer situação o agente infiltrado não seria punido por uma causa supralegal de exclusão da culpabilidade, desde que inexigível conduta diversa.

Enfim, inegavelmente trata-se de questão que não será pacificada na doutrina, comportando diversas interpretações quanto à natureza jurídica do instituto que não pune o agente pelos crimes praticados, não obstante, há consenso de que ele deverá agir sem excessos e de forma proporcional.

Inicialmente, já quanto ao crime de ingressar na organização criminosa (art. 2º da Lei nº 12.850/13), entendemos, conforme o professor Zanella, que não seria aplicável a excludente da culpabilidade – inexigibilidade de conduta diversa – até porque existe uma autorização judicial permitindo que o agente ingresse na organização, o que o faz voluntariamente, não podendo, portanto, afirmar que não seria exigível dele outra conduta. Ora, se o faz voluntariamente, é porque, em tese, seria possível uma conduta diversa, consistente no não ingresso à organização criminosa.

Dessa forma, filio-me à corrente que entende tratar-se de uma causa de exclusão da ilicitude, concernente no estrito cumprimento do dever legal, já que, ao infiltrar-se na organização criminosa, mediante a devida autorização judicial, estará o policial cumprindo um dever legal.

Já no que concerne a eventuais práticas de ilícitos em concurso com integrantes da organização criminosa, entendo que, em qualquer caso, seja nos crimes inerentes à organização, seja nos crimes estranhos à organização, estaremos diante da excludente da culpabilidade de inexigibilidade de conduta adversa.

Isso porque, ao praticar o ilícito, o agente o faz para preservar a investigação, seu disfarce ou sua própria vida, desde que, obviamente, seja inexigível dele outra conduta, analisando o contexto fático. Não nos parece correto afirmar que existe uma prévia autorização judicial para a prática de crimes inerentes à organização, até porque, pode ser que o agente infiltrado não necessite participar de crime algum.

Assim, entendemos que em qualquer situação que venha o agente policial a praticar crimes após estar infiltrado na organização, desde que proporcional e inexigível outra conduta, se estará diante da causa de exclusão da culpabilidade, concernente na inexigibilidade de conduta diversa.

Quanto às demais responsabilidades legais, ensina o professor Flávio Cardoso Pereira (2013, p. 427-431) que o agente infiltrado só irá responder pessoalmente por eventuais danos cíveis causados a terceiros caso aja com a finalidade de lucrar pessoalmente, nada tendo a ver com as tarefas de investigação, já que o Estado não pode suportar prejuízos financeiros causados por atos individuais e independentes dolosamente praticado por seus funcionários.

Sustenta, por fim, que o agente infiltrado estará sujeito às penalidades administrativas em caso de insubordinação a ordens de seu superior hierárquico, já que não há que se falar em violação ao princípio do *non bis in idem*, dada a independência das esferas penais e administrativas.

Embora na referida obra o professor esteja analisando o instituto à luz das legislações espanholas, entendo que o mesmo raciocínio deva ser aplicado ao Direito brasileiro, já que existe previsão constitucional quanto à responsabilidade civil do servidor em caso de agir com dolo ou culpa (art. 37, § 6º, da CF); da mesma forma, em nosso ordenamento jurídico vigora a independência das esferas administrativa e penal, sendo a sanção administrativa independente da penal.

4. CONDIÇÕES E EFETIVIDADE DO INSTITUTO NO CENÁRIO BRASILEIRO ATUAL

Neste tópico abordaremos questões que, embora não sejam consideradas como requisitos legais para a aplicação do instituto, são essenciais para a aplicação da técnica de investigação.

Como se percebeu através do estudo até aqui realizado, que esta técnica de investigação, ainda que não regulamentada, existia desde o século XVII. Ainda que não regulamentada por lei, ela era utilizada para se obter informações dos adversários, sendo colocadas no fronte inimigo pessoas camufladas para obter tais informações. Quais eram as condições para que esta arrojada medida gerasse os frutos desejados?

Certamente que a condição mais importante para que se tenha sucesso na operação é a escolha acertada da pessoa do infiltrado que, naturalmente, deve passar por treinamento específico; talvez seja este o grande problema que enfrentaremos para colocar em prática no Brasil esta essencial técnica investigativa.

Como visto, este meio de prova vem sendo aplicado com muito sucesso na Europa e, principalmente, nos Estados Unidos da América desde a década de 70; grande exemplo do sucesso da infiltração de agentes já na década de 70 nos EUA foi retratado no conhecido filme *DonnieBrasco*, estrelado por Al Pacino e Johnny Depp, onde o agente Joe Pistone se infiltra na máfia italiana da família Bonanno, chegando a fazer parte da cúpula, colhendo provas que resultaram na prisão de centenas de pessoas.

Ocorre que nestes países existem sofisticados Centros de Treinamentos para Agentes Infiltrados, que preparam por anos o agente policial para que ele

reúna as condições mínimas que o permitam ingressar em uma organização criminosa sem colocar em risco a investigação e a sua própria vida, como, por exemplo, a *Central Intelligence Agency* (CIA), com expertise em formar “espiões”.

É necessário termos em mente que o agente infiltrado que, como sabemos, trata-se de um agente de polícia que foi adequadamente treinado e preparado para o combate ao crime de uma maneira mais tradicional, confrontando os “bandidos”; já na situação de infiltrado, irá exercer uma função diametralmente oposta, já que estará ao lado dos bandidos, se fazendo passar por um deles e, por vezes, tendo até que praticar crimes para manter seu disfarce.

A depender do tipo de infiltração, o agente terá que permanecer por meses ou anos infiltrado, levando uma vida paralela, com costumes distintos, nome falso, sem contato com amigos e familiares, enfim, agindo verdadeiramente como outra pessoa.

Dessa forma, é inegável que se torna extremamente necessário uma preparação e treinamento adequado para que os infiltrados consigam suportar tamanha pressão, não só física, mas, principalmente psicológica. Neste sentido, vejamos o que leciona Rogério Sanches Cunha, em seu artigo “A Figura do Agente Infiltrado e sua Responsabilidade Penal”:

Não será, decerto, todo e qualquer policial que revelará aptidão para a tarefa, cujas peculiaridades dos métodos a serem utilizados e o engajamento com pessoas de alta periculosidade, exigirá do agente especialíssimo preparo, sob pena de comprometer o sucesso da missão e, pior, de pagar com a própria vida em virtude de sua incapacidade (...)

Portanto, a principal condição para que o instituto seja satisfatoriamente utilizado é que se dê treinamento específico para tal finalidade aos agentes de polícia. No Brasil, pelo que se conhece, não existe nenhum Centro de Treinamento para Agentes Infiltrados, razão pela qual esta importantíssima técnica de investigação não vem sendo aplicada na prática, ao menos nos moldes do que disciplina a Lei 12.850/13, lamentavelmente.

O que se vê sendo aplicado em nosso país são agentes completamente despreparados e sem a devida proteção do Estado, apenas com a coragem, se “disfarçarem” e tentarem ingressar no grupo criminoso para obter alguma informação, sem que sequer o Judiciário ou o Ministério Público tenham conhecimento, ou seja, colocando em risco toda a produção da prova, dada sua questionável legalidade.

Estas medidas, em que pese por vezes gerarem frutos, não podem ser confundidas com o instituto da Infiltração de Agentes, sendo tão somente práticas investigativas utilizadas pela polícia, que se aproxima do “agente meramente *incubierto*” denominado pelo Direito Espanhol, como visto acima.

CONCLUSÃO

O Direito Penal e Processual Penal contemporâneo não mais se satisfaz somente com os antigos meios de produção de provas; à vista da evolução tecnológica, de novos instrumentos aplicados em prol do crime, da macrocriminalidade organizada, não há dúvidas de que a Lei nº 12.850/2013 ao prever e disciplinar diversos outros instrumentos probatórios, supriu uma necessidade há muito sentida em nosso ordenamento jurídico, consolidando-se como um imprescindível instrumento investigativo no combate ao crime organizado.

Notadamente a infiltração de agentes afigura-se como uma das principais inovações investigativas trazidas pela Lei do Combate ao Crime Organizado, com comprovado sucesso no dismantelamento de organizações criminosas em todo o mundo, principalmente Europa e Estados Unidos da América.

No que pertine à regulamentação jurídica, em que pese alguns questionamentos doutrinários a respeito de algumas omissões, o fato é que o instituto está satisfatoriamente regulamentado, prescindindo de qualquer norma complementar, sendo perfeitamente aplicável em nosso ordenamento jurídico, ao menos na teoria.

Não obstante a inegável evolução jurídica trazida pela Lei nº 12.850/2013, o fato é que, ao menos no que diz respeito à técnica investigativa da infiltração de agentes, é necessário, na prática, evoluir ainda muito mais, para que, efetivamente, o instituto seja aplicado nos moldes do que determina a lei, trazendo, de fato, resultados exitosos em investigações nacionais, do que até então não se tem notícias.

Com efeito, urge um investimento substancial na Polícia Brasileira, com construção de estrutura e pessoal adequados para formar verdadeiros agentes infiltrados, possibilitando, assim, a efetiva aplicação do instituto, obtendo-se resultados conforme vistos ao redor do mundo, onde o instituto já vem sendo aplicado há tempos e existem verdadeiros Centros de Treinamentos para Agentes Infiltrados. Sem a preparação e treinamento

adequado para o principal ator do instituto, o infiltrado, de nada adiantará a sua previsão legal, já que irrazoável a assunção de tamanho risco ao policial, sem um mínimo de preparo.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Congresso Nacional. **Lei n. 9.034, de 03 de maio de 1995**. Dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. Diário Oficial da União, Brasília-DF, 04 de maio de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9034.htm>. Acesso em: 29 de janeiro de 2018.

BRASIL. Congresso Nacional. **Lei n. 10.217, de 11 de abril de 2001**. Altera os arts. 1º e 2º da Lei no 9.034, de 3 de maio de 1995, que dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. Diário Oficial da União, Brasília-DF, 12 de abril de 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12683.htm>. Acesso em: 23 de janeiro de 2018.

BRASIL. Congresso Nacional. **Lei n. 10.409, de 11 de janeiro de 2002**. Dispõe sobre a prevenção, o tratamento, a fiscalização, o controle e a repressão à produção, ao uso e ao tráfico ilícito de produtos, substâncias ou drogas ilícitas que causem dependência física ou psíquica, assim elencadas pelo Ministério da Saúde, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília-DF, 14 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9034.htm>. Acesso em: 29 de janeiro de 2018.

BRASIL. Congresso Nacional. **Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília-DF, 24 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9034.htm>. Acesso em: 31 de janeiro de 2018.

BRASIL. Congresso Nacional. **Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013**. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília-DF, 05 de outubro de 2013. Disponível em: <<http://>

www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm>. Acesso em: 31 de janeiro de 2018.

BRASIL. **Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004**. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. Diário Oficial da União, Brasília-DF, 15 de março de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5015.htm>. Acesso em: 31 de janeiro de 2018.

BRASIL. **Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006**. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembléia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003. Diário Oficial da União, Brasília-DF, 1º de fevereiro de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5687.htm>. Acesso em: 31 de janeiro de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 149.250/SP**. Relator Adilson Vieira Macabu. Diário da Justiça, Brasília-DF, 22 de março de 2011. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18501124/habeas-corpus-petdoc-no-hc-149250>>. Acesso em: 06 de fevereiro de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Habeas-corpus nº 127.483**. Plenário. Paraná. Relator: Min. Dias Toffoli. PACTE. (S). :Erton Medeiros Fonseca. IMPTE. (S). Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, denegou a ordem. Impedido o Ministro Teori Zavascki. Presidiu o julgamento o Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 27.08.2015. Disponível em: www.stf.jus.br/portal/diarioJustica.

ANIMAIS DOMÉSTICOS: OS NOVOS ENTENDIMENTOS QUANTO À SUA NATUREZA JURÍDICA NO DIREITO CONTEMPORÂNEO BRASILEIRO

Fernanda da Silva Lameira¹

RESUMO: Os diversos entendimentos aplicados aos animais domésticos através do ordenamento jurídico brasileiro vêm sofrendo alterações consideráveis e que possuem influência direta em sua relação interpessoal com a sociedade, além da garantia de direitos, em nosso direito contemporâneo. Nesse contexto, o escrito aborda a diferença existente sobre bem e coisa e com base neste comparativo buscou-se a devida classificação aplicável aos seres não humanos. O texto versa também sobre o conceito de senciência e o modo como este conceito vêm sendo aplicado nos ordenamentos jurídicos em diversos países do mundo e a influência dentro do sistema jurídico brasileiro. Além disso, realizou-se uma análise nas diversas tendências dos tribunais e nos projetos de leis no que tange as lides que envolvem animais domésticos.

Palavras chave: Ordenamento jurídico. Animais domésticos. Natureza jurídica. Bem. Coisa. Novos entendimentos. Senciência.

¹ Graduada em Direito pela Universidade Estácio de Sá.

ABSTRACT: The various understandings applied to domestic animals through the Brazilian legal system have undergone considerable changes and have a direct influence on their interpersonal relationship with society, as well as the guarantee of rights, in our contemporary right. In this context, the writing addresses the difference existing about good and thing and based on this comparative was sought the proper classification applicable to non-human beings. The text also deals with the concept of sentience and how this concept has been applied in legal systems in several countries of the world and the influence within the Brazilian legal system. In addition, an analysis was made of the various trends in the courts and the draft laws regarding domestic animal litigation.

Keywords: Legal order. Domestic animals. Legal nature. Good. Thing. New understandings. Sentient.

INTRODUÇÃO

O presente artigo busca a demonstração da aplicabilidade da norma jurídica aos animais iniciando-se no contexto histórico até os dias atuais e a definição do posicionamento em que os animais encontram-se no ordenamento jurídico brasileiro. Dessa maneira, visa-se à explicitação das novas tendências decisórias dos tribunais e dos direitos atribuídos através de novas leis existentes.

Para propiciar um melhor entendimento o presente artigo foi dividido em 04 (quatro) seções.

Em primeiro momento conceitua-se e diferencia-se bem jurídico e coisa com base no ordenamento jurídico brasileiro, buscando demonstrar os posicionamentos e entendimentos doutrinários existentes, além das classificações contidas nestes conceitos. Os animais domésticos possuem uma natureza jurídica controversa no ordenamento jurídico brasileiro. Em nosso Código Civil de 2002, atribui-se-lhes o *status* de coisa. Contudo, os animais gozam da condição de seres sencientes, o que retira a sustentabilidade de classificação defendida pelo ordenamento mencionado e corrobora para a aplicação de entendimentos variados a estes. Além disso, a Constituição Federal de 1988 versa sobre a proteção à fauna e flora, atribuindo-lhes direitos inerentes a essas categorias.

Após, faz-se necessário identificar a natureza jurídica dos animais em face das normas existentes no Brasil. Em seguida, torna-se essencial a definição, caracterização e reconhecimento do animal doméstico e não domesticável como um senciente, demonstrando assim a capacidade de sentir, existente nos seres não humanos, e, além disso, demonstra-se a necessidade da incorporação dessa característica na esfera jurídica. E, por fim, é feita a definição do que seria o animal doméstico, o seu reconhecimento como bem e sua relevância social para as relações interpessoais.

A metodologia aplicada ao presente artigo pauta-se em pesquisa bibliográfica, através de livros relacionados à matéria e artigos retirados da internet, buscando consubstanciar o tema, utilizando-se da visão de relevantes doutrinadores; bem como em pesquisa de julgados, visando ratificar os novos entendimentos jurídicos aplicados aos animais domésticos.

1. O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E O CONCEITO APLICADO A BEM E COISA

Para o entendimento da problemática desenvolvida neste trabalho, inicialmente, torna-se de suma importância desenvolver o conceito aplicado a bem jurídico e coisa. Observando um entendimento geral, bem possui o significado de toda a utilidade existente em favor do ser humano, porém, tal significado não possui interesse direto ao direito.

Em meio ao ordenamento jurídico brasileiro e seus inúmeros entendimentos, não há um consenso doutrinário quanto à diferença entre bem e coisa.

Muitos autores versam sobre a temática utilizando-se de inúmeros exemplos para uma melhor descrição e compreensão desta comparação existente entre bem e coisa. Diante disso, para Pablo Stolze², “[...] bem jurídico é a utilidade, física ou imaterial, objeto de uma relação jurídica, seja pessoal ou real.” Já a coisa, segundo a ótica do mesmo autor é identificada sob o aspecto de sua materialidade, reservando o vocábulo a objetos corpóreos.

Neste mesmo sentido, Flávio Tartuce³ aduz: “Desta forma coisa constitui gênero e bem a espécie – coisa que proporciona ao homem uma utilidade sendo suscetível de apropriação. Todos os bens são coisas; porém nem todas as coisas são bens.” Nesta colocação, o autor demonstra que quando falamos em diferenciar bem e coisa, na verdade estamos falando de conceitos próximos e que estão vinculados um ao outro, diferenciando apenas, sua finalidade e valor agregado.

Enfatizando a aproximação dos conceitos dados a bem e coisa, Maria Helena Diniz⁴ demonstra que bens são coisas que possuem valor econômico e podem ser objeto jurídico, tendo como característica ser materiais e imateriais. Cumpre salientar ainda que nem todas as coisas importam ao direito, uma vez que o homem busca apropriar-se de bens que supram a sua necessidade e que sustentem sua satisfação.

Visto os entendimentos mencionados anteriormente, em linhas mais simples, entende-se por bem toda a satisfação que o indivíduo possui em seu convívio social, sendo, tudo que tenha valor pessoal e seja relevante juridicamente e/ou economicamente. Já coisa, é uma modalidade material cujo valor é especificado com o grau de importância sentimental ou

²GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Manual de direito civil; volume único. São Paulo: Saraiva. 2017. p. 120

³TARTUCE, Flávio. Direito civil, 1: Lei de introdução e parte geral. 9 ed. São Paulo: Método, 2013. p. 265

⁴DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro, volume 1: teoria geral do direito civil. 29ª ed. São Paulo: Saraiva. 2012. p. 361

econômica de cunho próprio, com isso, sua materialidade possui pertinência.

1.1 CLASSIFICAÇÃO DOS BENS

Em seara jurídica, a classificação dos bens está disposta no Código Civil Brasileiro de 2002 de modo a classificar as modalidades existentes de bens e assim, diferenciá-los no modo de aquisição e alienação, bem como nos atos que são permitidos a cada uma dessas práticas.

A utilização e disposição desta classificação dada aos bens faz com que as relações jurídicas possuam uma adequação à realidade social e que o negócio jurídico seja melhor especificado, bem como as responsabilidades a ele agregadas.

A classificação dos bens é apresentada de forma abrangente em nosso Código Civil vigente. Nos artigos compreendidos entre 79 a 91, é versado sobre os bens considerados em si mesmos. Nos artigos 92 a 97, é evidenciada a denominação referente aos bens reciprocamente considerados. E nos artigos descritos entre 98 a 103, narra-se sobre os bens públicos.

Nos bens considerados em si mesmos busca-se demonstrar a análise dos bens em sua individualidade. Essa subdivisão se dá em corpóreos e incorpóreos, móveis e imóveis, fungíveis e infungíveis, consumíveis e inconsumíveis, divisíveis e indivisíveis e singulares e coletivos.

Assim classificamos como bens corpóreos aqueles que possuem existência material, podendo ser observado pelos nossos sentidos como livros, joias, etc. Já os bens incorpóreos são aqueles abstratos, de existência imaterial, possuindo apenas existência jurídica estando presente, por exemplo, sobre o produto do intelecto, com valor econômico.

Os bens também podem ser classificados como móveis, que são os passíveis de deslocamento e os bens suscetíveis de movimentos próprios, também chamados de semoventes (animais). Todavia os bens imóveis são aqueles que não podem ser deslocados de um local para o outro.

Salientando sobre os bens denominados semoventes e dando uma melhor explicação quanto a sua natureza jurídica, estes estão mencionados no Código Civil Brasileiro na parte em que versa sobre o direito das coisas. Os animais, portanto, estão submissos aos seus donos e ao que regram em normas do direito de propriedade.

Ademais, os bens podem ser fungíveis sendo aqueles que podem ser

substituídos por outro de mesma espécie, qualidade ou quantidade. Já os bens infungíveis são aqueles que não podem ser substituídos por outros da mesma espécie, tendo características e especificidades únicas.

Outrossim, é consagrada pelo Código Civil de 2002 a definição quanto à divisibilidade dos bens, sendo divisíveis os que podem ser fracionados sem alteração de sua substância, de diminuição considerável de valor ou prejuízo do uso, tornando-se assim um todo perfeito em cada uma de suas frações ou porções reais a que se destina. Os bens indivisíveis são aqueles que não admitem divisão, tendo em vista que com o seu fracionamento ocorreria perda de sua própria substância.

Além disso, os bens singulares são coisas consideradas de em sua individualidade, levando em consideração a unidade autônoma (livro, mesa, cadeira, caneta, etc.). Em relação aos bens coletivos, são o conjunto que forma um todo homogêneo trazendo a universalidade de fato ou de direito, exemplo disso são patrimônio e herança.

Portanto, é evidente que o ordenamento jurídico vigente conceitua cada classificação de bens, do mesmo modo em que mostra suas modalidades e devida aplicabilidade para o contexto social. Contudo, não basta apenas conceituar as classificações, e sim saber em quais momentos e situações a norma é cabível ao caso concreto para que haja uma harmonização e assim uma utilização proveitosa do dispositivo.

2. A NATUREZA JURÍDICA DOS ANIMAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Quando levamos em consideração que a fauna incorpora os elementos que constituem a natureza e que sua integração com o meio ambiente é algo verídico, fica evidente para nós que a Constituição Federal, quando versa sobre uma proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, está tratando da proteção a todos os seres que compõem este espaço, incluindo os animais.

No ordenamento jurídico brasileiro, em relação ao Código Civil de 2002, os animais são considerados como objeto propriedade de seus donos, sendo assim submetidos à vontade destes por se tratarem de bens móveis semoventes⁵.

⁵Vide artigos 82, 936, 1.397, 1.445 e 1.447 do Código Civil Brasileiro de 2002. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm >. Acesso em 09 set. 2017

O artigo 936 deste mesmo diploma jurídico acima mencionado versa sobre a responsabilidade civil agregada ao dano causado por animal, sendo este de encargo do respectivo tutor quando em casos em que não fique provada a culpa da vítima ou motivo de força maior.

Ainda analisando o Código Civil Brasileiro, em seu artigo 1263, sobre a aquisição de coisa sem dono, sendo inclusas as que nunca sofreram apropriação (*res nullius*) e as que sofreram abandono (*res derelictae*), nota-se a preocupação do legislador em regular o tratamento voltado ao homem e sua aquisição realizada sobre o animal.

O equívoco de interpretação do homem se dá no modo como se avalia e aplica sobre seres sencientes⁶, trazendo como objeto deste trabalho o animal, a classificação apenas de propriedade. O homem, condutor e cuidador desta relação, deveria ser chamado de tutor ou guardião e não de proprietário, como vem sendo utilizado nas relações.

Desse modo, a Constituição Federal, em seu artigo 225, preceitua que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”⁷.

Versado no artigo 225 da Carta Magna e discriminando de maneira mais específica a aplicabilidade da norma, o inciso VII⁸ traz sobre a proteção da fauna e flora de forma que as práticas que coloquem os animais e a função ecológica em risco são vedadas por lei, cabendo as devidas sanções penais.

Entende-se que o disposto nas normas existentes não atende de maneira satisfatória aos direitos devidos aos animais e que a legislação deve evoluir no que tange à aplicabilidade, conceito e caracterização dos seres não humanos. Uma vez que, para a legislação brasileira a divisão das faunas e a classificação do seu habitat é relevante para as leis infraconstitucionais específicas.

2.1 CONTEXTO HISTÓRICO

Os animais domésticos no Brasil, ao longo da história e sua evolução

⁶Conceito que será trabalhado no item 4 do presente artigo.

⁷BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Vide artigo. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm >. Acesso em: 09 set. 2017

⁸ “[...]VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade. BRASIL. Constituição Federal de 1988

na conquista por direitos protetivos, sempre sofreram um descaso jurídico tamanho a ponto de, na época, existirem legislações que permitissem atos de crueldade, incorrendo em negação direta à vida dos animais.

No entanto, na República Velha foi elaborado o primeiro dispositivo normativo que versava sobre a proteção à fauna, buscando-se coibir os atos cruéis e maledicentes em face dos animais. Tal controle se deu através do Decreto Federal 16.590 de 1924, onde ficava versado sobre as casas de diversão pública que utilizavam animais, proporcionando maus-tratos a estes.⁹

Com o passar dos anos, o Código Civil de 1916 tratava em artigos específicos os animais como coisa, bem semovente, objetos de apropriação e propriedade. Assim sendo, os animais não possuíam garantia jurisdicional, com punições aos agressores. A legislação brasileira teve sua primeira iniciativa em âmbito federal, buscando resguardar os animais da crueldade e abusos, bem como excessos que envolviam animais, com o Decreto 16.590 de 1924, regulamentando as Casas de Diversões Públicas que causassem sofrimento aparente aos animais.

Com o desenvolvimento estatal, em 1934, ocorreu a criação do Decreto 24.645/34, que estabelecia medidas de proteção aos animais. O respectivo decreto trouxe em seu texto a responsabilidade objetiva do Estado sobre a tutela dos animais existentes no país¹⁰, imputando sanções (multas e prisões) àqueles que praticassem maus tratos aos animais, sendo proprietários ou não.

Cumprе salientar que neste Decreto supracitado, especificamente em seu artigo 3º¹¹, foi onde tivemos um primeiro rol de 31 incisos exemplificativos sobre as formas variantes de maus tratos e crueldade que os seres humanos poderiam realizar contra os animais. Este rol trata de maneira um tanto quanto descritiva sobre essas práticas, de modo a tipificar e até mesmo massificar o repúdio a essas ações.

Neste rol buscava-se demonstrar os maus tratos em diversas situações, como por exemplo mantê-los em lugares anti-higiênicos e que impedissem uma boa qualidade de vida, o fato de obrigar os animais a realizar trabalhos excessivos que resultassem em seu sofrimento, golpear, ferir ou mutilar o animal, o abandono do animal ferido e doente, a locomoção dos animais em

⁹SANTANA, Luciano Rocha; OLIVEIRA, Thiago Pires. Guarda responsável e dignidade dos animais. Revista Brasileira de Direito Animal. Salvador. Ano 1. vol. 1. Pag. 85, jan.2006. Disponível em <<http://www.animallaw.info/policy/pobraziljourindex.htm>>. Acesso em 26/09/2017.

¹⁰BRASIL. Decreto 24.645 de 10 de Julho de 1934. Disponível em: < <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=39567>>. Acesso em 12 set. 2017.

¹¹Vide artigo 3º do Decreto Lei 24.645 de 1934, bem como os incisos I ao XXXI.

locais inapropriados e de maneira desproporcional às suas medidas, etc.

Posteriormente, a Lei de Contravenções Penais (Decreto 3.688 de 1941), em seu artigo 64¹², veio reforçar a ideia de sanção a quem maltratasse ou fosse cruel com os animais. Ocorre que, com a criação da respectiva lei muito se questionou sobre a possível revogação do Decreto 24.645/34. A jurisprudência entendeu que o art. 64 da Lei de Contravenções Penais agruparia assim, todo o rol mencionado no Decreto 24.645/34 e traria as devidas sanções para os que incorressem em crimes desta natureza.

Após isso, diversas novas leis foram criadas com o intuito de tutelar o direito referente à proteção dos animais logrando um êxito considerável e atingindo a popularidade para sua efetiva utilização. Vale ressaltar que dentre essas legislações, a Lei nº 5.197 de 1967¹³ veio para estabelecer os animais silvestres como propriedade de tutela do Estado.

Em seguida, foi criada a Lei 7.653 de 1988 que veio a alterar dois artigos da referida lei citada em parágrafo anterior, fazendo com que se tornassem crimes inafiançáveis aqueles cometidos em face dos animais silvestres. Tal informação estava versada no artigo 34¹⁴ da referida norma.

Sendo assim, somente com a promulgação da Carta Magna de 1988, dispondo em seu artigo 225 sobre a proteção fornecida ao sistema ecológico, foi estabelecida, no Brasil, a garantia desta proteção, versando sobre o Direito ao Meio Ambiente ecologicamente equilibrado, englobando, assim, os direitos inerentes à fauna e à flora existentes em nosso território.

Posteriormente, a Lei de Crimes Ambientais, Lei 9.605/98¹⁵, foi sancionada com a finalidade de tutelar os crimes cometidos contra o meio ambiente, de modo a aplicar sanções específicas a cada violação cometida, sendo elas penais ou administrativas derivadas de conduta lesiva e depredadora ao meio ambiente.

Seguindo na ideia de proteção aos direitos dos animais versada na Carta Magna, muitos entes da Federação realizaram alterações neste sentido em seus diplomas estaduais. A alteração foi realizada em Estados como Rio de

12 Vide artigo 64 do Decreto 3.688 de 1941. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3688.htm >. Acesso em 15 set. 2017

13 BRASIL. Lei nº 5.197 de 03 de janeiro de 1967. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5197.htm >. Acesso em: 15 set. 2017

14 Vide artigo 34 da Lei 7.653 de 1988. "Art. 34. Os crimes previstos nesta lei são inafiançáveis e serão apurados mediante processo sumário, aplicando-se no que couber, as normas do Título II, Capítulo V, do Código de Processo Penal." Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7653.htm >. Acesso em: 15 set. 2017.

15 BRASIL. Lei n. 9.605 de 12 de fevereiro de 1998. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9605.htm >. Acesso em: 15 set. 2017.

Janeiro, São Paulo, Rio Grande do Sul, Santa Catarina e Paraná.

O Estado do Rio Grande do Sul, em sua Lei Estadual 11.915, de 21 de maio de 2003¹⁶, foi o pioneiro a contemplar e dispor um código voltado à defesa dos animais, trazendo dispositivos que explicitassem sobre a regulamentação aplicável a animais silvestres, onde se trata da fauna nativa, exótica e da pesca e dos animais domésticos, versando sobre o transporte de animais e a utilização dos animais de carga.

3. A SENCÊNCIA

No ano de 2012¹⁷, mais precisamente no mês de julho, na Universidade de Cambridge, ocorreu uma reunião de neurocientistas com finalidade de discutir sobre a consciência na esfera de animais humanos e nãohumanos. Neste evento foi definido então que os animais nãohumanos são seres sensíveis, havendo a capacidade de sentir tanto em sua versão positiva, como felicidade, quanto de uma maneira negativa, sofrimento ou dor.

A senciência é um conceito de suma importância na esfera em que se defendem os direitos dos animais. Esta é identificada como a presença de estados mentais que acompanhem as sensações físicas¹⁸. Identificar um ser como senciente é garantir que este consegue ter sensações como dor, angústia, solidão, raiva, etc. Não há o que se discordar que os animais são atingidos por este conceito, porém no Brasil ainda se tutela sobre eles como coisas.

A palavra senciência, é originária do latim “*sentire*”, que significa capacidade de sentir. Através da capacidade sensorial dos animais, independentemente de ser estimulada por dor, sofrimento ou felicidade, que sua consciência reage. De uma maneira mais clara, busca-se demonstrar que o animal desfruta da capacidade de sentir tanto positivamente quanto negativamente.

Este conceito trabalha as definições de sensibilidade e consciência. A senciência é uma característica que se encontra presente apenas nos seres enquadrados no reino animal. O sinal mais amplo reconhecido pela senciência é a dor. Dessa forma, este sentimento tem sido usado na defesa de proteção dos animais nãohumanos contra os maus tratos e sofrimentos

¹⁶BRASIL. Lei Estadual 11.915 de 21 de Maio de 2003. Código Estadual de Proteção aos Animais. Disponível em: < <https://www.ufrgs.br/bioetica/11915an.htm> >. Acesso em: 28 set. 2017.

¹⁷LEVAI, Laerte Fernando. Direito animal e o princípio da senciência. 2015. Disponível em: < <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/entrevistas/direito-animal-e-o-principio-da-senciencia/15854> >. Acesso em: 16 set. 2017.

¹⁸ANDA. SENCÊNCIA. 10 de junho de 2009. Disponível em: < <https://www.anda.jor.br/2009/06/senciencia/> >. Acesso em: 16 set. 2017.

causados ou para a atribuição dos respectivos direitos morais cabíveis a eles.

Assim, cabe esclarecer que ainda não há um entendimento pacificado entre os cientistas em relação à caracterização da senciência a todos os animais. Uma parte deles defende a ideia que apenas os animais vertebrados poderiam ter esse conceito aplicado. Já outra parte dos cientistas defende que mesmo os seres invertebrados, a exemplo dos insetos, possuem sensibilidade, sendo assim apenas as esponjas seriam seres não sencientes.

Cumprе salientar ainda que a ideia de que os animais possuem apenas a sensibilidade, não é unânime no mundo científico. Há um determinado grupo de cientistas que defendem a tese de que os animais possuem consciência, baseando-se que a estrutura cerebral dos animais assimila-se à dos humanos.¹⁹

Diante das tantas vertentes que o estudo sobre a senciência traz, os cientistas ficam a avaliar, na escala da evolução, onde se encontra a presença e a ausência desta característica. Estes estudiosos defendem a existência de diferentes graus e complexidade para o fenômeno da senciência, defendendo a questão como uma abordagem mais quantitativa que qualitativa.

Portanto, é evidente que a senciência é um conceito que possui relevância ao mundo animal, bem como os aspectos relacionados a eles em detrimento aos sentidos e à consciência. Além disso, essa definição comprometida e firmada do conceito auxilia na proteção e manutenção da defesa dos animais quando nos referirmos ao âmbito.

3.1 RELAÇÃO DA SENCIÊNCIA E SUA ADEQUAÇÃO AO ORDENAMENTO JURÍDICO

Muito se tem discutido sobre a adequação nos ordenamentos jurídicos de alguns países sobre a senciência, *status* este que faz com que o animal deixe de ser um objeto (coisa) e torne-se um sujeito dotado de sensibilidade, tendo assim suas garantias devidamente protegidas. Tal fato fica demonstrado com a alteração de códigos existentes em países, inclusive, de Primeiro Mundo, evidenciando assim a relevância dessa ideologia.

¹⁹GONÇALVES, Thales Branco. Senciência, guarda e pensão alimentícia: a proteção aos animais de estimação após o término do relacionamento dos respectivos donos. 2016. Disponível em: <<https://thbrancs.jusbrasil.com.br/artigos/381423990/senciencia-guarda-e-pensao-alimenticia-a-protecao-dos-animais-de-estimacao-apos-o-termino-do-relacionamento-dos-respectivos-donos>>. Acesso em: 16 set. 2017.

Em fevereiro de 2015, a França reconheceu os animais²⁰ como “Seres vivos dotados de sensibilidade”, tendo seu código civil e penal alterado. O parlamento francês, após intensos debates realizados, confirmou que os animais são dotados de sentimentos, não sendo assim propriedade pessoal. Portanto, os animais não são mais definidos por seu valor no mercado ou como uma propriedade e sim como sujeito de direito, com o novo entendimento versado neste país.

Neste mesmo sentido em data próxima do mesmo ano, maio de 2015, a Nova Zelândia²¹ realizou a alteração de uma lei referente ao bem-estar dos animais, confirmando que os animais possuem sensibilidade. Dessa forma, fica evidente a presença e reafirmação da sciência em mais este ordenamento.

Reafirmando a visão dada por outros países, em maio de 2017, os parlamentares de Portugal²² decidiram pelo entendimento mais apropriado o de que o animal é um ser vivo dotado de sensibilidade e que estes são objetos de proteção jurídica. Ao adotar esta visão, o país versou sobre os direitos específicos dos animais, bem como as responsabilidades que os seus tutores possuem, garantindo sua proteção.

Assim, é possível perceber que os países que adotaram reconhecer o animal como senciente tiveram uma evolução histórica e positiva no que tange aos direitos dos animais. Deixando a visão egocêntrica que considerava o animal como uma coisa de sua propriedade e passaram a considerá-lo como um sujeito de direito, com sensibilidade reconhecida e respeitada através de normas existentes.

No Brasil há uma evolução no que tange à conscientização dos seres humanos a vislumbrar que os animais podem sentir positiva e negativamente, e, com base nisso, busca-se respeitar os direitos cabíveis a eles. Cumpre salientar que o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no que tange ao tema sendo defendido pelo Ministro Humberto Martins em Recurso Especial 1115916/MG²³ em seu voto:

²⁰CNEWS MATIN. A lei reconhece que os animais são sensíveis. 29 de janeiro de 2015. Disponível em: < <http://www.cnewsmatin.fr/france/2015-01-28/la-loi-reconnait-aux-animaux-detre-doues-de-sensibilite-698622> >. Acesso em: 16 set. 2017.

²¹FONDATION 30 MILLIONS D'AMIS. Para a Nova Zelândia, os animais são sencientes. 09 de junho de 2015. Disponível em: < <http://www.30millionsdamis.fr/actualites/article/8952-la-nouvelle-zelande-reconnait-les-animaux-commme-sensibles/> >. Acesso em: 16 set. 2017

²²ANDA. Igualdade: Animais são reconhecidos como sencientes em Portugal. 04 de março de 2017. Disponível em: < <https://www.anda.jor.br/2017/03/igualdade-animais-sao-reconhecidos-como-seres-sencientes-em-portugal/> >. Acesso em: 16 set. 2017.

²³BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. RESP n. 1.115.916. Relator: Ministro Humberto Martins. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=908412&num_registro=200900053852&data=20090918&formato=PDF. Acesso em: 16 set. 2017.

A condenação dos atos cruéis não possui origem na necessidade do equilíbrio ambiental, mas sim no reconhecimento de que os animais são dotados de uma estrutura orgânica que lhes permite sofrer e sentir dor. A rejeição a tais atos aflora, na verdade, dos sentimentos de justiça, de compaixão, de piedade, que orientam o ser humano a repelir toda e qualquer forma de mal radical, evitável e sem justificativa razoável. A consciência de que os animais devem ser protegidos e respeitados, em função de suas características naturais que os dotam de atributos muito semelhantes aos presentes na espécie humana, é completamente oposta à ideia defendida pelo recorrente, de que animais abandonados podem ser considerados coisas, motivo pelo qual, a administração pública poderia dar-lhes destinação que convier, nos termos do art. 1.263 do CPC.

Valorizando-se a sciência e sua adequação e sua aplicabilidade aos ordenamentos existentes por diferentes países, além de contabilizar os entendimentos atuais, no Brasil, que garantem direitos que respeitem os animais como sujeitos de direito, concluímos que a ideia de coisificação dos animais já se tornou uma ideia obsoleta. Cabendo, portanto, a adequação como sujeitos titulares de direitos civis e constitucionais, conforme sua condição.

4. A IDENTIFICAÇÃO DO ANIMAL DOMÉSTICO E SUA RELEVÂNCIA SOCIAL NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

Segundo o conceito aplicado aos animais domésticos²⁴, são aqueles que tiveram seu comportamento alterado devido ao convívio com os seres humanos. Sendo eles retirados de seu habitat natural e inseridos em um ambiente social. Fica assim então compreendido como animal doméstico aquele que convive na residência do homem e que auxilia a comunidade como um todo, a exemplo de cães de guarda, ajudante da polícia em investigações criminais, etc.

Os animais domésticos necessitam de cuidados específicos, independentemente de sua espécie, para que se mantenham com saúde. Além disso, há a importância de uma adequação viável e agradável para o ambiente que ele estará habitando e quanto a sua alimentação e medicação.

Não podemos confundir os animais domésticos com os animais exóticos, sendo estes criados por famílias em sua residência do mesmo modo que os domesticáveis. A retirada destes animais de seu habitat natural pode ocasionar um desequilíbrio ecológico, trazendo riscos ao meio ambiente.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 225 VII, dispõe sobre

²⁴Conceito de animais domésticos. 10 de Outubro de 2014. Disponível em: < <https://conceito.de/animais-domesticos> >. Acesso em: 16 set. 2017.

a proteção ao meio ambiente estando inseridos neste a fauna e flora. O artigo 32 da Lei 9.605 de 1988²⁵ versa sobre essa proteção, trazendo em seu texto as garantias aos animais domésticos e domesticados.

Estima-se em dados retirados em pesquisa realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE)²⁶ que a existência dos animais domésticos nos lares brasileiros é maior do que o número de crianças. Assim, estudos apontam que os brasileiros são tutores de aproximadamente 52 milhões de cães e 22 milhões de gatos. Com base nos dados demonstrados e utilizando-se dos dois animais domésticos com maior índice de popularidade entre os homens, fica evidente, portanto que sua presença tende à relevância no convívio familiar.

A preocupação com os direitos dos animais domésticos vem em movimento crescente, fazendo com que alguns projetos de lei sejam propostos na busca de uma melhor tutela dos animais no ordenamento jurídico brasileiro. Além de ter alguns projetos de lei já aprovados, estando em vigor para uma melhor aplicabilidade do direito protetor dos animais.

Diante do exposto, existiam dois projetos de Lei tramitando concomitantemente, advindos dessa necessidade de evolução, de sua regulamentação dos direitos dos animais. O Projeto de Lei 351/2015²⁷, criado pelo Senador Antônio Anastasia, buscava a alteração do Código Civil, descrevendo que os animais não são coisas e sim bens moveis, alterando sua natureza jurídica.

O referido projeto teve sua tramitação encerrada e o resultado foi sua aprovação de maneira unânime, tendo 137 votos favoráveis à alteração do Código Civil no que tange ao entendimento sobre os animais e sua classificação no ordenamento brasileiro. O resultado foi apurado no dia 28 de setembro de 2017.

Quanto ao outro projeto, este permanece em trâmite na Câmara dos Deputados, sendo o Projeto de Lei 1365/2015²⁸, do Senador Ricardo Tripoli, que discorre sobre a guarda compartilhada em casos de dissolução

²⁵BRASIL. Lei nº 9.605 de 12 de fevereiro de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm >. Acesso em: 15 set. 2017

²⁶G1. Brasileiros tem 52 milhões de cães e 22 milhões de gatos, aponta IBGE. São Paulo, 02 de junho de 2015. Disponível em: < <http://g1.globo.com/natureza/noticia/2015/06/brasileiros-tem-52-milhoes-de-caes-e-22-milhoes-de-gatos-aponta-ibge.html> >. Acesso em: 23 set. 2017.

²⁷BRASIL. Projeto de Lei do Senado nº 351 de 2015. Disponível em: < <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/121697> >. Acesso em: 28/09/2017

²⁸BRASIL. Projeto de Lei 1.365 de 2015. Disponível em: < <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1228779> >. Acesso em: 23 set. 2017.

do casamento em sua modalidade litigiosa de sociedade ou vínculo conjugal entre os possuidores do animal. A guarda que o Senador menciona em seu projeto será dividida em unilateral e compartilhada, buscando atender ao grau de afinidade existente entre o animal e seus respectivos tutores.

No ano de 2016, entrou em vigor a Lei 13.330/2016²⁹, que veio para tipificar o crime de furto e receptação envolvendo animais domésticos criados para consumo, podendo haver a condenação a pena de 2 a 5 anos de prisão. O projeto de lei foi iniciado em 2013 pelo Deputado Afonso Hamm. O objetivo é o de tipificar estas modalidades de furto e receptação de uma maneira mais gravosa no Código Penal Brasileiro.

Torna-se evidente que com a evolução social o ordenamento jurídico brasileiro vem se comprometendo a atender e respeitar os direitos dos animais, em especial os domésticos e domesticados, buscando além de tutelar sobre os direitos inerentes a estes, uma melhor aplicabilidade das normativas nas relações interpessoais existentes com os humanos.

4.1 ALGUNS ENTENDIMENTOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Um dos casos pioneiros que atingiu uma considerável repercussão no Brasil foi o relacionado a chimpanzé chamada de “Suíça”, que obteve no ano de 2005, um *Habeas Corpus* impetrado por promotores de justiça na 9ª Vara Criminal da Comarca de Salvador (BA) a seu favor³⁰. Neste HC, buscava-se sanar os atos ilegais e os maus tratos sofridos pelo animal. Alegava-se que a chimpanzé se encontrava em uma jaula a qual não propiciava uma vivência digna. Ocorre que no curso do processo a chimpanzé não resistiu e veio a falecer, dentro do zoológico o qual era questionado sobre o tratamento indigno, mesmo com as alegações do Ministério Público, o Juiz Edmundo Cruz julgou o processo extenso sem resolução do mérito uma vez que, em seu entendimento, havia impossibilidade jurídica do pedido.³¹

No sistema jurídico brasileiro ainda não há uma existência de lei

²⁹BRASIL. Lei 13.330 de 02 de Agosto de 2016. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13330.htm >. Acesso em: 28 set. 2017.

³⁰MANZINI, Gabriela. Folha de São Paulo, Folha Online. 27 de setembro de 2005. Disponível em: < <http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u113510.shtml> >. Acesso em: 23 set. 2017.

³¹BRASIL. Superior Tribunal Federal. Processo Penal. *Habeas Corpus*. Maus tratos dos animais. Habeas Corpus nº 833.085-3 da 9ª Vara Criminal da Comarca de Salvador – BA, 28 de Setembro de 2005. Disponível em: < <https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/10259/7315> >. Acesso em: 23 set. 2017.

que tutele sobre os direitos dos animais e sua relação interpessoal com o convívio humano. Tal matéria fica em conformidade com o entendimento do magistrado que julga utilizando-se da primazia de princípios do direito e por analogia de normas próximas e aplicáveis aos casos concretos.

Com a ausência de norma específica, os magistrados têm adotado critérios baseados em analogias, como por exemplo, em casos concretos onde seja tutelada a guarda compartilhada de um animal doméstico. Esta aplicabilidade vem sendo utilizada de maneira reflexa a que é usualmente aplicada quando envolvem prole (filhos) do casal e que deve ser mantida a convivência concomitante com os pais, visando ao maior bem-estar desta criança.

Trazendo para a esfera animal, nada mais é do que respeitar a capacidade do animal de sentir. Busca-se na guarda compartilhada animal atender requisitos como o de com qual dos tutores o animal fica mais confortável, onde será mais confortável para o animal habitar, dentre outras. Sempre visando resolver o litígio de uma maneira razoável e responsável, além de respeitar a afinidade do animal com seus tutores.

A exemplo disso, há no Rio Grande do Sul um caso onde um casal de colunistas, ao adiar o plano de gerar um bebê³², optaram por adquirir uma cadela. Com o passar dos anos, a incompatibilidade sentimental ficou evidente entre eles e o divórcio ocorreu como consequência. Contudo, o amor pelo animal, denominada Bekinha, era tamanho e ambos decidiram através de acordo que garantiu que a guarda seria compartilhada, bem como as obrigações para manter o bem-estar da cachorrinha fossem divididas e mantidas.

Neste mesmo sentido, em 2015 o Tribunal do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ)³³ levou como testemunha, pela primeira vez, um cão da raça Yorkshire, devido a uma disputa de guarda entre a tutora do animal e uma nutricionista a qual possuía a guarda temporária do mesmo, sendo de certo modo, uma cuidadora deste. Ocorre que a nutricionista adquiriu afeto pelo cão e não o devolveu a sua real tutora. O caso foi parar na justiça e rapidamente se obteve um acordo homologado onde a tutora do animal garantiu o direito de tê-lo em sua residência novamente e a nutricionista, de incorrer em guarda do

³²LEDÔ, Carneiro. Separação quem fica com o animal de estimação. Disponível em: <<https://carneiroledo.jusbrasil.com.br/noticias/139423110/separacao-quem-fica-com-o-animal-de-estimacao>>. Acesso em: 23 set. 2017.

³³ANDA. Cão é “testemunha” em audiência de disputa da própria guarda no TJ-RJ. Novembro de 2015. Disponível em: < <https://anda.jusbrasil.com.br/noticias/211700994/cao-e-testemunha-em-audiencia-de-disputa-da-propria-guarda-no-tj-rj> >. Acesso em: 23 set. 2017.

animal aos sábados, com horário determinado.

Fica evidente, portanto, que a guarda compartilhada vem sendo aplicada de maneira expressiva pelos juízes, além de ser parte de acordos realizados de maneira não litigiosa por casais que dão entrada em divórcio de maneira consensual. Os casos dão embasamento e fundamentação para o Projeto de Lei que vem buscando aprovação para melhor regulamentar estes casos concretos.

De modo a ratificar a ideia de que os animais domésticos possuem uma relação de afinidade, podemos dizer até, familiar nos lares brasileiros e visando a uma maior garantia possível quanto à tutela destes, os cartórios de registros de títulos e documentos de diversos estados do país passaram a receber um projeto que consiste na emissão de uma certidão que funciona como registro aos animais de estimação.

O estado pioneiro da realização destes registros foi o do Rio de Janeiro, onde um cartório localizado na cidade de Niterói realiza desde 2013 a emissão de certidões destes animais. Cumpre salientar que este estado possui uma registradora muito importante que trata de causas animais e sociais. A aderência dos demais estados vem acontecendo deste então e obtendo uma crescente divulgação social.³⁴

Nesta certidão, os tutores são identificados e deve-se fazer constar dados do animal tais como raça, sexo, data de nascimento, espécie, nome e sobrenome da família, cor e demais características físicas do animal. Será necessário também que o tutor apresente seu Registro Geral (RG), Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) e carteira de trabalho.

A realização do registro possui como finalidade a ideia de ajuda quando em casos de busca de animais perdidos ou furtados, em situações de disputas de guarda, além de facilitar no transporte dos pets em viagens.

É evidente também o aumento das responsabilidades do tutor que efetuou o registro, uma vez que o não cumprimento das obrigações de cunho básico para com o animal, como manter os animais em um ambiente higiênico e com boas condições de abrigo, vacinação em dia e etc. poderá ocasionar penalidade e esta ser respondida criminalmente.

Assim, é verificado através das buscas evidenciadas no corpo deste

³⁴ANDA. Certidão de Nascimento de Animais começa a ser emitida em Manaus (AM). 06 de Agosto de 2017. Disponível em: <<https://www.anda.jor.br/2017/08/certidao-nascimento-animais-manaus/>>. Acesso em: 23 set.2017.

trabalho que não existe uma posição jurídica efetiva acerca das matérias envolvendo a tutela dos animais, havendo apenas a interpretação dos juízes somadas à aplicação de normas de modo reflexo ao caso concreto. Todavia, já existem interpretações e projetos de lei que venham a contribuir e concretizar os direitos dos animais domésticos e domesticáveis.

CONCLUSÃO

O desenvolvimento do presente trabalho apresentou a natureza jurídica do animal, demonstrando ser este coisa ou bem. Porém, com os conceitos acima estudados e a análise das legislações referenciadas, pode-se compreender que natureza jurídica não fica restrita às opções de coisa ou bem.

Nota-se no ordenamento jurídico contemporâneo uma evolução há muito tempo aguardada no que tange à readequação de conceitos já aplicados aos animais, bem como a criação de novas leis que atendam de maneira mais satisfatória e efetiva aos direitos dos animais, vislumbrando assim, um maior respeito aos seres não humanos, utilizando-se da aplicação da característica de ser um ser senciente.

Com isso, faz-se importante destacar que os animais, no decorrer do histórico de normas que versam sobre seus direitos, sempre possuíam a atribuição de semoventes, podendo comparar-se assim com um bem. Partindo-se desta observação, fica demonstrado que o modo como os animais participavam da relação jurídica acontecia com característica de objeto, ou seja, em uma relação de propriedade ou em determinações que envolvessem direitos ambientais.

Desde então, muito se tem discutido sobre os direitos aplicados aos animais e as respectivas características a estes atribuídas. Um exemplo desta caracterização e que altera e agrega muitos direitos aos animais é a sentiência, sendo este um estudo que garante que os animais, seres não humanos, possuem capacidade de sentir e com isso tornam-se sujeitos de direitos. Utilizando-se desta conceituação, diversos países estão modificando seu ordenamento jurídico em benefício dos animais domésticos e selvagens.

No Brasil, a evolução dos direitos dos animais, apesar de estar ocorrendo de maneira gradativa, é evidente quando mencionamos os novos entendimentos fornecidos nos tribunais e os projetos de lei em trâmite no Senado. Recentemente, foram aprovadas as Leis 351/2015, que busca a alteração da natureza jurídica dos animais no Código Civil, passando a dar a

estes o tratamento de bens; e a Lei 13.330/2016, que tipifica o crime de furto dos animais domésticos criados para consumo. Além disso, ainda encontra-se em tramitação no Senado o projeto de lei 1365/2015 que busca regular a guarda compartilhada dos animais domésticos em caso de dissolução de casamento em sua modalidade litigiosa.

É bem verdade, portanto, que a alteração da natureza jurídica dos animais para bens móveis não muda efetivamente o cenário e ainda assim, estes seriam tratados através da ideia de subordinação e posse do ser humano. A ciência garante que os animais são seres sencientes e o reconhecimento deste conceito legalmente garantiria aos animais a denominação de sujeitos dotados de sensibilidade, ampliando a proteção aos seus direitos e garantindo outros direitos ainda inexistentes, como o direito a tratamento veterinário em estabelecimentos destinados a manutenção do seu bem-estar.

Confirmando a tese de que os animais são seres sencientes e que necessitam de uma manutenção do seu bem estar, vem a proposta do projeto de lei que versa sobre a guarda compartilhada e a criação de certidão dos animais domésticos emitidas em cartório. Além disso, os responsáveis pelo bem estar dos animais domésticos possuem denominação de tutores, trazendo a ideia de coabitação e não de superioridade do homem.

REFERÊNCIAS

ANDA. **Cão é “testemunha” em audiência de disputa da própria guarda no TJ-RJ**. Novembro de 2015. Disponível em: < <https://anda.jusbrasil.com.br/noticias/211700994/cao-e-testemunha-em-audiencia-de-disputa-da-propria-guarda-no-tj-rj> >. Acesso em: 23 set. 2017.

ANDA. **Certidão de Nascimento de Animais começa a ser emitida em Manaus (AM)**. 06 de Agosto de 2017. Disponível em: <<https://www.anda.jor.br/2017/08/certidao-nascimento-animais-manaus/>>. Acesso em: 23 set. 2017.

ANDA. **Igualdade: Animais são reconhecidos como sencientes em Portugal**. 04 de março de 2017. Disponível em: < <https://www.anda.jor.br/2017/03/igualdade-animais-sao-reconhecidos-como-seres-sencientes-em-portugal/> >. Acesso em: 16 set. 2017.

ANDA. **SENCIÊNCIA**. 10 de junho de 2009. Disponível em: < <https://www.anda.jor.br/2009/06/senciencia/> >. Acesso em: 16 set. 2017.

BRASIL. **Código Civil de 2002. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002.**

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 09 set. 2017

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm >. Acesso em: 09 set. 2017

BRASIL. Decreto 24.645 de 10 de Julho de 1934. Disponível em: < <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=39567> >. Acesso em 12 set. 2017.

BRASIL. Lei 13.330 de 02 de Agosto de 2016. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13330.htm >. Acesso em: 28 set. 2017.

BRASIL. Lei de Contravenções Penais. Lei nº 3.688 de 03 de outubro de 1941. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3688.htm>. Acesso em 15 set. 2017

BRASIL. Lei Estadual 11.915 de 21 de Maio de 2003. Código Estadual de Proteção aos Animais. Disponível em: < <https://www.ufrgs.br/bioetica/11915an.htm> >. Acesso em: 28 set. 2017.

BRASIL. Lei n. 9.605 de 12 de fevereiro de 1998. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9605.htm >. Acesso em: 15 set. 2017.

BRASIL. Lei nº 5.197 de 03 de janeiro de 1967. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5197.htm>. Acesso em: 15 set. 2017

BRASIL. Lei nº 7.653 de 12 de fevereiro de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7653.htm >. Acesso em: 15 set. 2017.

BRASIL. Lei nº 9.605 de 12 de fevereiro de 1988. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm>. Acesso em: 15 set. 2017

BRASIL. Projeto de Lei 1.365 de 2015. Disponível em: < <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1228779> >. Acesso em: 23 set. 2017.

BRASIL. Projeto de Lei do Senado nº 351 de 2015. Disponível em: < <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/121697> >. Acesso em: 28/09/2017

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RESP n. 1.115.916. Relator: Ministro Humberto Martins. Disponível em: < <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/>

documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=908412&num_registro=200900053852&data=20090918&formato=PDF.> Acesso em: 16 set. 2017.

BRASIL. **Superior Tribunal Federal. Processo Penal. Habeas Corpus. Maus tratos dos animais.** *Habeas Corpus* nº 833.085-3 da 9ª Vara Criminal da Comarca de Salvador – BA, 28 de Setembro de 2005. Disponível em: < <https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/10259/7315>>. Acesso em: 23 set. 2017.

CNEWS MATIN. **A lei reconhece que os animais são sensíveis.** 29 de janeiro de 2015. Disponível em: < <http://www.cnewsmatin.fr/france/2015-01-28/la-loi-reconnait-aux-animaux-detre-doues-de-sensibilite-698622> >. Acesso em: 16 set. 2017.

Conceito de animais domésticos. 10 de Outubro de 2014. Disponível em: < <https://conceito.de/animais-domesticos> >. Acesso em: 16 set. 2017.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, volume 1: teoria geral do direito civil. 29ª ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

FONDATION 30 MILLIONS D'AMIS. **Para a Nova Zelândia, os animais são sencientes.** 09 de junho de 2015. Disponível em: < <http://www.30millionsdamis.fr/actualites/article/8952-la-nouvelle-zelande-reconnait-les-animaux-comme-sensibles/> >. Acesso em: 16 set. 2017

G1. **Brasileiros tem 52 milhões de cães e 22 milhões de gatos, aponta IBGE.** São Paulo, 02 de junho de 2015. Disponível em: < <http://g1.globo.com/natureza/noticia/2015/06/brasileiros-tem-52-milhoes-de-caes-e-22-milhoes-de-gatos-aponta-ibge.html> >. Acesso em: 23 set. 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Manual de Direito Civil:** volume único. São Paulo: Saraiva, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, volume 1: Parte Geral. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012

GONÇALVES, Thales Branco. **Senciência, guarda e pensão alimentícia: a proteção aos animais de estimação após o término do relacionamento dos respectivos donos.** Disponível em: <<https://thbrancs.jusbrasil.com.br/artigos/381423990/senciencia-guarda-e-pensao-alimenticia-a-protecao-dos-animais-de-estimacao-apos-o-termino-do-relacionamento-dos-respectivos-donos>>. Acesso em: 16 set. 2017.

LEDÔ, Carneiro. **Separação quem fica com o animal de estimação.** Disponível em: <<https://carneiroledo.jusbrasil.com.br/noticias/139423110/separacao-quem-fica-com-o-animal-de-estimacao>>. Acesso em: 23 set. 2017.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado.** 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LEVAI, Laerte Fernando. **Direito animal e o princípio da senciência.** 2015. Disponível em: < <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/entrevistas/direito-animal-e-o-principio-da-senciencia/15854>>. Acesso em: 16 set. 2017.

MANZINI, Gabriela. **Folha de São Paulo, Folha Online.** 27 de setembro de 2005. Disponível em: < <http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u113510.shtml>>. Acesso em: 23 set. 2017.

MELLO, Cleyson de Moraes. **Direito Civil: Parte Geral.** 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2017.

SANTANA, Luciano Rocha; OLIVEIRA, Thiago Pires. **Guarda responsável e dignidade dos animais. Revista Brasileira de Direito Animal.** Salvador. Ano 1. vol. 1. Pag. 85, jan.2006. Disponível em <<http://www.animallaw.info/policy/pobraziljourindex.htm>>. Acesso em 26/09/2017.

COMPLIANCE NO SETOR PÚBLICO COMO FERRAMENTA NO COMBATE À CORRUPÇÃO

Tâmera Padoin Marques Marin¹

Letícia Salla Freitas²

RESUMO: O presente artigo estuda o *compliance*, traçando seu conceito e abrangência em relação ao fenômeno corrupção. Apresenta um panorama de como o sistema é desenvolvido dentro de uma organização, abordando, inclusive, sua aplicação numa multinacional. Buscou-se demonstrar a relação entre *compliance* e *accountability*. Colacionou-se, também, as orientações internacionais e nacionais no combate à corrupção, em especial, para a criação de mecanismos eficazes de controle interno na administração pública com a finalidade de combater práticas de atos de corrupção. Ao final, abordou-se o *compliance* público. No que concerne à metodologia, foi utilizada abordagem qualitativa e procedimento bibliográfico.

Palavras-chaves: Corrupção. Mecanismos de Controle. *Compliance*. Administração Pública.

1 Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado de Rondônia. Mestre em Direito Econômico pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUC/PR.

2 Graduada em Direito pela Faculdades Associadas de Ariquemes. Assistente de Promotoria no MPRO.

ABSTRACT: The present article studies compliance, outlining its concept and scope in relation to the treatment of corruption. It presents an overview of how the system is developed within an organization, including, including, its application in the multinational Walmart. Demonstrates a relationship between compliance and accountability. Colocation International Council is the International Disorder in the public domain, in particular, for the creation of control control in the federal control with the anti-inflammatory practice of acts of corruption. In the end, address public compliance. Regarding the methodology, the qualitative process and the bibliographic procedure were published.

Keywords: Corruption. Mechanisms of Combat. *Compliance*. Publicadministration.

INTRODUÇÃO

Na língua portuguesa não existe um correspondente para o *termocompliance*, que, em linhas gerais, consiste num sistema executado em corporações, que promove a obediências às regras ou requisições/mandamentos emitidos pelas autoridades, caracterizando-se por um atuar em conformidade. Essa forma de agir também pode ser definida como prática para assegurar a completa obediência à lei, conforme definição do Dicionário Oxford AdvancedLearner's (2018).

A corrupção, na acepção apresentada pela ONU (Organização das Nações Unidas), consiste em aproveitar indevidamente posições de poder para obtenção de vantagens pessoais e, conseqüentemente, tem como meio a quebra da legalidade na atuação dos agentes públicos e privados (MARINELA, PAIVA E RAMALHO, 2015, p. 28).

Trata-se de um fenômeno social que não é recente na história da humanidade, sendo que, atualmente, existem diversos diplomas internacionais que visam combatê-la. Parece ser, de fato, que a prática de atos corruptos em torno aos centros de poder é algo recorrente na história, que acompanha o homem em sua trajetória de organização e progresso, sem jamais o deixar, como se de sua sombra se tratasse (BARBOZA, 2006, p.24).

Para a Organização para Cooperação e Desenvolvimento econômico – OCDE, a corrupção é conceituada como abuso de agentes públicos e privados, para a obtenção de vantagens pessoais, relacionando tal fato não apenas ao recebimento de valores em dinheiro, incluído a prática de nepotismo, fraude e captura estatal (OCDE, 2014).

Dentre as convenções internacionais que visam compelir os Estados a reprimirem a corrupção, cita-se a Convenção das Nações Unidas contra Corrupção, promulgada em 31 de outubro de 2003, que abordou temas essenciais à temática, destacando-se, entre eles, prevenção, penalização, recuperação de ativos e cooperação internacional.

Diante da existência de um conjunto de normas e ferramentas legais para o controle da corrupção, a aplicação do *compliance* na Administração Pública desponta como proposta inovadora. No Brasil, a implantação de mecanismos nesse sentido prima pela aplicação dos princípios constitucionais da eficiência e da moralidade, previstos no artigo 37, *caput*, da Constituição da República Federativa.

No início deste trabalho, o objetivo foi abordar os aspectos gerais

referentes do fenômeno da corrupção, compreendendo seu conceito e consequências de sua prática.

Na sequência, estudou-se o sistema *compliance*, seu conceito e abrangência, o histórico no Brasil. Em seguida, apresentou-se como o referido sistema foi desenvolvido dentro de uma organização multinacional, a Walmart. Na parte central da pesquisa, demonstrou-se a relação entre *compliance* e *accountability*, bem como se apontaram as orientações internacionais e nacionais no combate à corrupção, em especial, as que tratam de mecanismos eficazes de controle interno na Administração Pública com a finalidade de combater práticas de atos de corrupção. Por fim, apresentou-se o *compliance* público.

1. DELIMITANDO O CONCEITO DE CORRUPÇÃO

A corrupção é um problema muito debatido na atualidade e que traz grandes prejuízos à sociedade como um todo, seja causando danos à economia ou mesmo à implementação dos direitos humanos.

Afere-se que, na Antiguidade e até meados da Idade Média, a corrupção punível limitava-se, na maioria das vezes, aos magistrados, que eram investidos pelo soberano e em nome dele atuavam. Nessa época, não havia uma complexidade estatal, nem grandeza de serviços públicos como nos dias atuais (PETRELLUZI; RIZEK JUNIOR, 2014).

Com o surgimento do Estado Moderno, havia uma grande preocupação em sancionar, no âmbito legal, condutas impróprias de agentes públicos. O Código Napoleônico de 1810 começou a punir mais severamente condutas que atingiam os recursos públicos (PETRELLUZI; RIZEK JUNIOR, 2014).

O conceito de corrupção não é algo simples de ser delineado, vez que o termo engloba vários significados e uma gama de consequências. Contudo, em todas as definições dadas ao termo corrupção, há um ponto em comum entre elas, qual seja, trata-se de algo negativo, nunca positivo (NUCCI, 2015).

Figueiras, pesquisador do Departamento de Ciência Política da Universidade Federal de Minas Gerais (2008, p. 20), aponta que o conceito de corrupção “só se torna compreensível se tomarmos, de forma pressuposta, a discussão de valores e normas. Afinal, só existe corrupção quando uma norma é transgredida. Desta forma, a corrupção só pode ser compreendida por uma crítica moral e suas instituições”.

Johnston (*apud* BREI, 1996) apresenta três perspectivas para explicar corrupção: a) as explanações personalísticas, pelas quais a corrupção como “más ações de gente ruim”, como advinda do povo, da fragilidade da natureza humana. Seu cerne está na investigação psicológica ou na ambição e racionalização humanas como causas; b) as explanações institucionais, para as quais a corrupção desdobra-se de problemas de administração, que podem ser de, ao menos, dois tipos, o decorrente de estímulo exercido por líderes corruptos, e o advindo dos “gargalos” produzidos por lei e regulamentos que trazem rigidez à burocracia; e c) as explanações sistêmicas, para as quais a corrupção surge da interação do governo com o público, instruindo parte integrante do sistema político, como uma das formas de influência.

De acordo com Livianu (2006, p. 31) a corrupção é “[...] toda e qualquer vantagem obtida pelos agentes públicos no exercício das funções que cause prejuízo aos bens, serviços e interesses do Estado”.

1.1 O ALTO CUSTO DA CORRUPÇÃO

A CleangovbizOrganization, organização internacional ligada à Organização para a Cooperação do Desenvolvimento Econômico (OECD), assevera que os custos da corrupção, em termos mundiais, giram em torno de 2,6 (dois vírgula seis) trilhões de dólares, alcançando 5% (cinco por cento) do produto bruto mundial (OECD, 2014).

A corrupção leva à violação de obrigações prestacionais dos estados porque os impede de agir no sentido de “tomar medidas para o máximo de [seus] recursos disponíveis para alcançar progressivamente a plena realização dos direitos econômicos, sociais e culturais” reconhecidos nos pactos internacionais (RAMASASTRY, 2015, p. 24).

Em relação ao Brasil, não é tarefa fácil mensurar o custo da corrupção, considerando que nem sempre é possível apurar o montante de negócios relacionados à essa prática indevida. Compreende-se por custo da corrupção, sob o aspecto de valores, o importe de recursos desviados das atividades produtivas para as ações corruptas. Considera-se custo, tendo em vista que reduz a eficácia dos investimentos (RAMALHO; SANTOS; PAIVA, 2015).

Pelo fato da corrupção atingir de forma mais obtundente as pessoas de baixa renda, considerando que estas são mais dependentes das ações do governo de natureza social, o custo social e político da corrupção se torna ainda mais relevante (PETRELLUZI; RIZEK JUNIOR, 2014).

Segundo levantamento da organização não governamental (ONG) Transparência Internacional, o Brasil encerrou o ano de 2017 ocupando o 96º (nonagésimo sexto) lugar do *ranking* sobre a percepção da corrupção no mundo composto por 180 (cento e oitenta) nações (TRANSPARENCY, 2017).

De acordo com esse levantamento, o índice brasileiro foi de 37 (trinta e sete) pontos, sendo que a escala utilizada pela entidade varia entre 0 (zero) (altamente corrupto) a 100 (pontos) (muito transparente). A média global é de 43 (quarenta e três) pontos, o que revela, de acordo com a ONG, uma espécie de “corrupção endêmica” (TRANSPARENCY, 2017).

Apesar de a corrupção ser um fenômeno mundial, no Brasil, especificadamente, a falta de crédito das instituições apresenta ser o mais prejudicial das práticas corruptas (PETRELLUZI; RIZEK JUNIOR, 2014).

Segundo dados colhidos pela Federação das Indústrias do Estado de São Paulo, no país, o custo da corrupção, entendido como o que deixa de ser aplicado em diversas áreas, tais como saúde, educação, tecnologia, dentre outras, aplicado indevidamente no pagamento da corrupção, equivale anualmente a R\$ 41,5 (quarenta e um vírgula cinco) bilhões, correspondendo a 1,38% (um vírgula trinta e oito por cento) do Produto Interno Bruto – PIB (ano base 2008).

Quanto maior a omissão no controle da corrupção, maior é a quantidade de recursos desviados das atividades produtivas e, portanto, maior é o custo da corrupção, conforme informações divulgadas no relatório citado. O estudo realizado apontou dados quanto às perdas aos cofres públicos causados pela corrupção no Brasil e, consequentemente, aos direitos humanos:

Tem-se que 27% (vinte e sete por cento) do valor que o setor público gasta com educação representa o montante total que se perde com a corrupção no Brasil. O custo da corrupção constitui uma parcela ainda maior do orçamento público da saúde: cerca de 40% (quarenta por cento). Em relação à segurança pública (primeiro item de preocupação dos brasileiros, segundo pesquisa do IBOPE em 2007), o custo médio anual da corrupção de R\$ 41,5 bilhões ultrapassa o gasto de R\$ 39,52 (trinta e nove vírgula cinquenta e dois) bilhões dos estados e União em segurança pública em 2008. Ainda, é possível afirmar que o custo médio da corrupção representa 2,3% do consumo das famílias (RELATÓRIO FIESP, 2010, p. 28).

Além dos custos da corrupção para a economia, pode-se dizer que o

fenômeno causa danos à eficácia e à credibilidade da gestão pública, alcançado a sociedade como um todo, seja por maior ou menor escala. A corrupção gera graves consequências ao desenvolvimento de um país, contribuindo para o aumento das desigualdades sociais (RAMALHO; SANTOS; PAIVA, 2015).

2. O SISTEMA DE COMPLIANCE

Para que haja o efetivo controle da corrupção, é necessária a existência de mecanismos estatais atualizados e de uma atuação conjunta com a iniciativa privada. A implantação do sistema *compliance* nas corporações se apresenta como uma alternativa à quebra da legalidade, atuando de forma preventiva, evitando que a conduta violadora da norma ocorra e, caso ela seja praticada, haja apuração com a máxima transparência e eficiência.

2.1 CONCEITO E ABRANGÊNCIA

Silva e Covac (2015) afirmam que *compliance* caracteriza-se como um termo muito expressivo, posto que, no âmbito corporativo e institucional, é como um agregado de disciplinas ou procedimentos propostos a fazer cumprir as normas legais e regulamentares, bem ainda, as diretrizes e políticas institucionais. Ademais, esses autores especificam que o *compliance* tem como finalidade detectar, evitar e tratar qualquer desvio ou inconformidade que poderia ocorrer no interior de uma organização.

Candeloro, De Rizzo e Pinho (2012) ensinam que o *compliance* não surgiu apenas para garantir que a instituição respeite as suas obrigações regulatórias, mas também para assistir à alta administração no seu compromisso de seguir o arcabouço regulatório e as melhores práticas na aplicação das estratégias e dos processos decisórios.

Leciona Saavedra (apud GRECO FILHO; RASSI, 2015, p. 70) que o profissional responsável do *compliance* atuaria como “[...] um guardião da empresa que teria por principal função garantir que a empresa permanecesse dentro dos limites da legalidade”.

Greco Filho e Rassi (2015) apresentam algumas diferenciações, em termos corporativos, do *compliance* para cargos típicos do organograma das empresas. Para eles, embora se complementem, não se podem confundir as atividades de *compliance* com a auditoria interna. Esta realiza os seus trabalhos de modo aleatório e periódico, fundamentado em amostras, com a finalidade de aferir o cumprimento das normas instituídas pela administração

da empresa, comumente em relação a fatos que interessem à preparação das demonstrações financeiras. Já o *compliance* executa sua atividade de maneira rotineira e constante, buscando a ratificação de que todas as unidades do negócio operam em consonância com as regras que são aplicadas a elas.

Outra diferenciação citada por eles, é que, apesar de serem semelhantes, há diferenças entre *compliance* e as atividades do departamento jurídico. Este fornece orientações, estabelece contratos e entre outros documentos legais, enquanto que o *compliance* confere se as determinações feitas pelo setor jurídico são seguidas. A depender do porte da empresa, tais cargos podem convergir. Também, é preciso diferenciar os controles internos das empresas com as atuações das áreas do *compliance*. Os controles internos existem, em linhas gerais, para mitigar riscos, enquanto que o *compliance* avalia e verifica se tais controles estão sendo eficientes.

Embora o *compliance* tenha sua origem no *crack* da bolsa de valores dos Estados Unidos, em 1929, e aplicada nas instituições financeiras para estabelecer conformidade, atualmente, não é privativo dessas entidades (LUZ, 2018, p. 88).

Assi (2013, p. 30) leciona que o *compliance* é um estilo de trabalho novo e possui funções desafiantes, dentre elas, que o alto escalão até as pessoas de funções menores necessitam ter consciência do que está sendo feito necessitam estar investidos dos objetivos do programa.

Segundo Petrelluzi e Rizek Junior (2014, p. 76), os programas de *compliance* são uma tendência mundial e tem como fundamento o condão de melhorar a governança corporativa, “garantindo às empresas que essa circunstância será devidamente levada em consideração na hipótese de a empresa vir a se defrontar com um processo no âmbito judicial ou administrativo”.

Nesta senda, Coimbra e Manzi (2010, p. 13) afirmam que o motivo deste conteúdo ético nas práticas corporativas deriva das implicações da atividade empresarial que, nesta sociedade atual, podem causar efeitos que atinjam a comunidade de forma geral, e não apenas dos consumidores ou funcionários. Nesse sentido, compete ao *compliance* desenvolver a metodologia, técnicas e mecanismos com a finalidade de integralizar a ética na estratégia, decisões e ações da empresa.

Ademais, para Greco Filho e Rassi (2015, p. 73) “[...] o combate à corrupção por meio de boas práticas de governança corporativa (dentre elas o *compliance*) tem sido associado à noção de responsabilidade social empresarial”.

Para Martín (*apud* SILVEIRA; DINIZ, 2015, p. 126), a atividade empresarial socialmente responsável deve ser rígida por princípios imprescindíveis, essenciais para o entendimento da implantação do sistema. São eles: separação de poderes entre membros da empresa; documentação e verificação; congruência e coerência das operações; transparência da gestão empresarial; independência e imparcialidade dos órgãos de controle; cumprimento ou explicação e; confidencialidade.

Pestana (2016, p. 80) afirma que, embora existam pequenas variações, há uma consonância de que o *compliance* constitui-se dos elementos a seguir expostos: “[...] envolvimento e comprometimento da alta administração; identificação das áreas de risco; estabelecimento de políticas e procedimentos; treinamento e intensa divulgação; diligências constantes; veículos eficazes de denúncias; e revisão crítica e periódica das políticas e procedimentos.”

2.2 COMPLIANCE E ACCOUNTABILITY

Em estudos de administração pública, economia, ciência política e direito, o conceito de *accountability* tem sido utilizado constantemente. Inicialmente, na literatura de língua inglesa e, em seguida, nas demais literaturas, se espalhando (ROBL FILHO, 2013).

Contudo, no vocabulário da língua portuguesa atual, não existe uma palavra que possa traduzir corretamente os significados do substantivo “*accountability*”. Embora o conceito de *accountability* seja muito utilizado em estudos, há dificuldades na exposição de um conceito que abrange todos os seus elementos e suas características (ROBL FILHO, 2013).

Bovens (2007, p. 02) afirma que há muitas discussões acerca do significado do termo *accountability*, tendo em vista que os autores definem o termo nem sempre de maneira consensual.

Robl Filho (2013, p.110) leciona que *accountability* significa “[...] a necessidade de uma pessoa física ou jurídica que recebeu uma atribuição ou delegação de poderes prestar informações e justificações sobre suas ações e seus resultados, podendo ser sancionada política e/ou juridicamente pelas suas atividades.”

Bovens (2007, p. 01) apresenta as diferenças entre os dois conceitos principais dados ao termo *accountability*, quais sejam, *accountability* como virtude e como mecanismo. Para esse autor, *accountability* é, como conceito normativo, um conjunto de padrões, através dos quais se avaliam os atuais

e ativos comportamentos dos atores públicos. É visualizada como virtude, isto é, como uma qualidade positiva que se espera dos funcionários ou organizações. Enquanto que, no último caso, “mecanismo” social é estudado como operam os arranjos institucionais, se pode haver responsabilização ou não. Ainda, destaca que é “[...] como uma relação entre um ator e um fórum, no qual o ator tem a obrigação de explicar e justificar sua conduta, o fórum pode fazer perguntas e julgar, e o ator pode enfrentar as consequências” (Bovens, 2007, p. 09).

Robl Filho (2013, p. 101) ensina que a concepção de *accountability* infere “[...] a apreensão da categoria *principal* (mandante) e agente (agente ou mandatário)”, bem ainda, que o respectivo termo é “[...] uma relação que se estabelece entre *principal* e agente ou entre os agentes entre si”. Neste caso, o agente é uma pessoa jurídica ou física que tem a obrigação de agir no interesse do *principal*.

Para que possa haver uma relação forte e plena de *accountability*, Robl Filho (2013, p. 106) ensina que o agente *accountable* possui o dever de apresentar informações sobre as suas ações ao (s) *principal* (s) e ao (s) outro (s) agente (s) com competência pra exigir informações do agente *accountable*. Este, por sua vez, é obrigado a justificar suas atitudes e ações, sendo que pode ser sancionado ou premiado pelo (s) *principal* (s) e pelo (s) agentes (s) com competência para tanto.

Robl Filho (2013, p. 106) sustenta que o aspecto da coação se faz necessário para se estabelecer uma plena relação de *accountability*. Os agentes devem apresentar e justificar suas ações e ainda serem sancionados quando não concretizarem os interesses do *principal* e descumprirem normas legais e constitucionais.

Volkov (2015) afirma que, um programa de conformidade (*compliance*) requer responsabilidade. Segundo o autor, a responsabilidade é um valor essencial que se expande para a cultura da empresa. Salienta que, se os funcionários são responsabilizados, eles têm a responsabilidade de efetuar seus trabalhos de forma efetiva e consistente com as expectativas da administração, demonstrando seu compromisso com a responsabilidade e uma diversidade de contextos.

Para Volkov (2015), em uma organização, todos têm de ser responsabilizados por sua ética e desempenho de conformidade. Examinar todos neste mesmo paradigma é um artifício importante para promover ética, conformidade e responsabilidade organizacional.

Bovens (2007, p. 14), citando Pharr e Putnam (2002), Dalton (2004), Stimson (2004) e Dogan (2005), explica que a *accountability* como virtude é importante, porque proporciona legitimidade aos funcionários públicos e às organizações públicas.

Destaca que os governos das sociedades ocidentais enfrentam um público cada vez mais crítico, em que a confiança pública no governo é frágil e um grande número de democracias industrializadas experimentam flutuações substanciais na confiança pública, bem como uma erosão gradual e de longo prazo do apoio político.

Bovens (2007, p. 16) também salienta o valor das instituições oficiais, para que sejam garantidos os métodos de controle e transparência, as quais devem atuar em consonância com o controle social. Para ele, o remédio contra um governo excessivo ou impróprio é a organização de poderes de compensação institucionais (*institutional countervailing powers*).

Ensina que outras instituições públicas, como um Poder Judiciário independente, um Ministério Público ou Tribunal de Auditoria (*court of audit*) devem atuar como tal, complementares aos eleitores, ao parlamento e organizações políticas governamentais (*political watchdogs*). Eles receberam o poder de solicitar a prestação de contas (*account*), para que seja feita sobre as despesas públicas, o exercício de poderes coercivos e o tratamento justo e igualitário dos cidadãos.

Robl Filho (2013, p. 182) afirma que “para que as relações de *accountability* aconteçam, além dos agentes estatais e órgãos internos serem responsáveis pelo controle, a *accountability* pode e deve ser exigida por meio de controle exterior”. Os cidadãos, outros agentes estatais, bem como grupos sociais podem realizar esse controle externo (ROBL FILHO, 2013).

Os agentes estatais devem estar comprometidos para que os serviços públicos prestados sejam realizados com qualidade, com a justa distribuição dos benefícios e com os resultados alcançados pelos agentes, já que “o comprometimento com esses três valores pressupõe a fiscalização e a participação da sociedade civil” (ROBL FILHO, 2013, p. 184).

Braga e Granado (2017) afirmam que “uma relação de equilíbrio entre esses valores, *compliance* e *accountability*, nos parece ser um caminho razoável para mitigar a corrupção, em todas as suas dimensões, considerando-se as suas implicações éticas e legais”.

2.3 COMPLIANCE NO BRASIL

Silva e Covac (2015, p. 04) lecionam que “[...] originalmente, o *compliance* nasceu no mercado financeiro, e acabou se desenvolvendo em razão de diversos eventos históricos, todos atrelados a nuances econômico-financeiras [...]”. Os referidos autores citam a títulos de exemplos “[...] a Conferência de Bretton Woods, que estabeleceu uma série de medidas voltadas ao controle de capital financeiro e do mercado”, “[...] a publicação da Resolução nº 2.554 pelo Banco Central do Brasil, em 1998, que determina a implantação de sistemas de controles internos nas instituições financeiras do país”, a “[...] divulgação pelo Comitê da Basileia, em 2003, das práticas recomendáveis para gestão e supervisão de riscos operacionais”, bem ainda, “[...] a publicação do documento consultivo referente à função de *compliance* nos bancos – evento este que escancarou a necessidade histórica do *compliance*”.

Entretanto, a princípio, a Lei de Lavagem de Capitais (Lei nº 9.613/1998), que, posteriormente, foi alterada pela Lei nº 12.683/12, de fato, inaugurou o sistema *compliance* no Brasil, quando estabeleceu a obrigação das pessoas físicas e jurídicas submetidas às sanções da lei a adotarem procedimentos e controles internos, dentre eles, identificar seus clientes e manter seus registros, bem ainda, comunicar determinadas operações financeiras, com a finalidade de evitar crimes. Além disso, estabeleceu sanções administrativas quando confirmado o descumprimento das obrigações legais (GRECO FILHO; RASSI, 2015).

Nos anos de 1999/2000, exigiu-se que as instituições financeiras criassem em seus organogramas, setores específicos de *compliance*, habilitando os responsáveis por tais setores. A partir de então, “foram elaborados códigos de ética, cartilhas de conduta no atendimento aos clientes, treinamentos em agências, análise matricial de riscos operacionais e de mercado, entre outras tarefas” (MARTINEZ, 2016).

Tempo depois, até mesmo empresas que não faziam parte do segmento financeiro, passaram, aos poucos, a introduzir em suas estruturas pessoas encarregadas pelo *compliance* (MARTINEZ, 2016).

Passados alguns anos, o Brasil instituiu, em 1º de agosto de 2013, um significativo marco legal para a previsão do *compliance*, com a criação da Lei nº 12.846, denominada Lei Anticorrupção (posteriormente regulamentada pelo Decreto nº 8.420/2015), que estabelece a responsabilização administrativa e

civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública.

A responsabilização da pessoa jurídica ocorrerá na esfera administrativa e cível, pelos atos elencados na referida Lei, praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não (artigo 2º).

Badaró e Bottini (2016, p. 53) lecionam que:

[...] a Lei 12.846/2013 (Lei Anticorrupção) conferiu novo status as atividades de *compliance* ao prever, em seu art. 7º, VIII, que a “*existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica*” serão levados em consideração na dosimetria da sanção. [...] a redação indica que o legislador vê nas políticas de *compliance* um importante instrumento de reforço na estratégia de combate ao crime e às infrações administrativas.

Destaca-se que a Lei Anticorrupção estreou o incentivo à implementação, ao aprimoramento e à manutenção do programa de *compliance* no âmbito privado, visando controlar a corrupção. Essa colaboração fez com que o Brasil saísse de uma posição de inércia, perante o impulso internacional, para uma posição de fomentador de tais práticas em seu território.

Associado ao fator legislativo, a ampliação da atuação dos órgãos de controle no Brasil, tem contribuído para a expansão de políticas de integridade (*compliance*) em empresas brasileiras.

2.4 COMPLIANCE NA MULTINACIONAL WALMART

O presente tópico tem como temática o processo de implantação do sistema *compliance* na multinacional Walmart, cujos dados coletados foram obtidos da edição de dezembro de 2015, da UC Davis Law Review, a qual contém principais trechos do discurso feito pelo Sr. Jay Jorgensen, Vice-Presidente Executivo do Walmart e Diretor Global de Ética e Conformidade, em um simpósio organizado por uma Universidade da Califórnia, nos Estados Unidos.

Inicialmente, antes adentrar a forma como o referido sistema fora implantado, cabe destacar que a primeira loja Walmart foi aberta pelo comerciante Sam Walton, em 1962, na cidade de Rogers, estado de Arkansas, nos Estados Unidos. Trinta anos depois de aberta a primeira loja, a Walmart cresceu firmemente nos Estados Unidos e, atualmente, opera mais de 11.000

(onze mil) lojas, em 27 (vinte e sete) países, nos 05 (cinco) continentes, empregando 2,2 (dois vírgula dois) milhões de funcionários. Dessa forma, como a companhia tornou-se maior e mais global, houve a necessidade de realizar esforços para assegurar o cumprimento das leis e das políticas da empresa, eis que uma empresa multinacional em expansão apresentava novos desafios.

Nesse processo de implantação, constatou-se que, primeiramente, foi separado o departamento de *compliance* da Walmart, do departamento jurídico da empresa.

Decidido que teria um departamento de *compliance* unificado e independente, concentrou-se em encontrar a estrutura correta e as pessoas para esse departamento, reforçando a conformidade no interior da empresa em geral, por meio de políticas, definição de prioridades e processos, bem como, fortalecendo o *compliance* através da tecnologia (sistemas). Uma vez identificado as principais áreas de riscos que o programa de *compliance* abordaria, decidiu-se escolher um líder para cada um desses riscos.

O passo principal fora encontrar pessoas corretas, ou seja, adaptar os papéis que as pessoas desempenhariam dentro dessas equipes, bem como, encontrar o talento correto para cada uma dessas funções. Assim, além de ter sido colocado líderes, reuniu-se uma equipe de especialistas em assuntos para ajudar nestes desafios, eis que identificar os temas que precisam de atenção e quem irá providenciá-lo é a chave para abordar os riscos de conformidade.

Com a correta estrutura de *compliance* e as pessoas nos lugares, o próximo objetivo foi em como a empresa abordaria cada um dos riscos que foram identificados como importantes para a empresa e para os clientes. Dessa forma, os especialistas de cada assunto criariam políticas simples que poderiam ser aplicadas.

A política aplicada a todos é a Política Global Anticorrupção, que proíbe qualquer pessoa que atue representando a empresa oferecer, dar ou receber qualquer coisa de valor, para ou de qualquer pessoa, para conquistar um benefício indevido para a empresa. Qualquer associado ou terceiro que viole essa regra está sujeito a medidas disciplinares, que podem incluir rescisão e, se for o caso, encaminhamento para aplicação de lei.

Registra-se que os procedimentos, utilizados para garantir que essa política fosse compreendida e seguida, foram concentrados em áreas como *duediligence* de terceiros, despesas de negócios, contribuições de caridade, inspeções governamentais e manutenção de registros.

Também foi desenvolvida uma série de procedimentos específicos de mercado para personalizar o programa de conformidade anticorrupção em cada país com base em circunstâncias locais e riscos específicos do mercado.

Assim, dados os números e o escopo geográfico, foram empregados módulos de aprendizagem baseados em computador para prover grupos relevantes de sócios com treinamento consistente segundo os princípios na política anticorrupção da companhia, bem como, quanto aos procedimentos.

Além de pessoas e políticas, uma das áreas críticas em que se concentraram, foram nos sistemas. Desse modo, foi desenvolvida uma série de tecnologias aos longos dos anos que ajudaram a utilizar a informação de maneira eficaz.

Ademais, a Walmart estabeleceu padrões para os terceiros e fornecedores. Estes são obrigados a aderir a um conjunto de políticas e padrões ao trabalhar com a Walmart.

Enfim, para alcançar esse sucesso no Walmart foi construída uma sólida organização de conformidade global, peça por peça sobre uma base de integridade. Foram reunidas as pessoas certas e estabelecidas políticas e processos que os conectam e orientam com a tecnologia e os sistemas certos.

A experiência da corporação citada é exemplificativa para entender que a implantação do sistema de *compliance* necessita de estudos prévios, utilização de tecnologia, adequação da logística da empresa e distribuição da estrutura de pessoal de forma adequada aos objetivos da atuação em conformidade ao ordenamento jurídico.

3 TENDÊNCIA DE APLICAÇÃO DO COMPLIANCE NO SETOR PÚBLICO

A Administração Pública, seja direta ou indireta, pode dispor de políticas preventivas que proporcionarão uma gestão mais eficiente, marcada por uma postura ética e de efetividade dos serviços, de forma a minimizar a prática de atos de corrupção.

3.1 ORIENTAÇÕES INTERNACIONAIS E NACIONAIS PARA A CRIAÇÃO DE MECANISMOS EFICAZES DE CONTROLE INTERNO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COM A FINALIDADE DE COMBATER PRÁTICAS DE ATOS DE CORRUPÇÃO

A Convenção Interamericana contra a Corrupção, de 29 de março de 1996, ratificada pelo Decreto nº 4.410/02, a qual entrou em vigor para o Brasil em 24 de agosto de 2002, define o conceito de corrupção para os propósitos do tratado, bem como determina, fazendo menção à incorporação de sistemas, que os Estados signatários adotem normas de conduta para o desempenho da função pública, com a finalidade de exigir dos servidores condutas íntegras para o exercício da gestão pública (BREIER, 2015).

A Convenção das Nações Unidas contra Corrupção, promulgada em 31 de outubro de 2003, composta por 71 (setenta e um) artigos, divididos em oito capítulos, dentre os quais, destacam-se quatro, tratando de temas como prevenção, penalização, recuperação de ativos e cooperação internacional. Tal convenção prevê que seus países signatários implementem políticas efetivas contra a corrupção.

O Brasil, por sua vez, em 31 de janeiro de 2006, promulga a citada Convenção, através do Decreto nº 5.687/06, a qual fora assinada pelo governo brasileiro em 09 de dezembro de 2003.

Sánvhez (*apud* BREIER, 2015)declina que a mencionada Convenção determina ao setor público que crie procedimentos eficientes de controle interno. “Um sistema realmente capaz de garantir a legalidade e transparência na função pública, principalmente no que concerne à contratação por parte da Administração, ponto nevrálgico da interação do Estado com os particulares no que diz respeito à corrupção”.

Dentre os artigos da Convenção das Nações Unidas contra Corrupção, cabe destacar, o artigo 5º, dispõe a necessidade de instauração programas de gestão pública, relacionadas à integridade e transparência.

Breier (2015) afirma que o artigo supracitado dispõe claramente a respeito “[...] de implementação de Códigos de Conduta para servidores públicos, que visam combater preventivamente a corrupção, através do desenvolvimento institucional de princípios relacionados à integridade, à honestidade e à responsabilidade do agente estatal”.

Em 10 de maio 2016, o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão juntamente com a Controladoria-Geral da União, por meio da Instrução Normativa Conjunta do MP/CGU nº 1 de 2016, estabeleceram, que os órgãos e entidades do Poder Executivo Federal deverão adotar medidas para a sistematização de práticas relacionadas à gestão de riscos, aos controles internos, bem como à governança na esfera do Poder Executivo Federal.

De acordo com o Ministério e Controladoria-Geral da União (2016), doravante, “[...] o dirigente máximo de cada órgão ou entidade passa a ser o principal responsável pelo estabelecimento da estratégia de organização e da estrutura de gerenciamento de riscos”.

Por conseguinte, fora publicada a Lei nº 13.303/16 em 30 de junho de 2016, que determina que as empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias obedeçam às regras de governança corporativa, de transparência e de estruturas, práticas de gestão de riscos e de controle interno, composição da administração e, havendo acionistas, mecanismos para sua proteção (COELHO, 2017).

A Lei acima mencionada apresenta o *compliance*, em seu artigo 9º, § 4º, ocasião em que determina que o estatuto social necessite presumir a possibilidade que a área do *compliance* se volte, de modo direto, ao Conselho de Administração, circunstância em que pressuponha do envolvimento do diretor-presidente em irregularidades ou, ainda, quando este se afanar a obrigação de acolher medidas importantes em relação à situação a ele relatada.

Ressalte-se a importância da presença do *compliance* para que a estatal alcance seus objetivos, estabelecendo sistema de controle interno, atravessado por procedimentos de integridade, auditoria, bem ainda, pela ética, não se constituindo somente em uma simples obrigação de executar regulamentos e leis (ROCHA, 2015, *apud* BRAGAGNOLI, 2017).

3.2 COMPLIANCE PÚBLICO

Verifica-se que, no Brasil, nas últimas décadas, houve o surgimento de leis específicas de controle da corrupção, além disso, é notado o destaque internacional do tema. Com isso, passou-se a debater, de forma mais intensa, a proposta do *compliance* na Administração Pública, que surge como uma ferramenta para evitar que agentes públicos utilizem indevidamente posições de poder para a obtenção de vantagens pessoais.

Nascimento, Advogada especialista em *compliance*, governança corporativa e direito empresarial, membro do Instituto *ComplianceBrasil* e uma das fundadoras do *ComplianceWomenCommittee*(2016), destaca que o *compliance* surge como uma estratégia inovadora para o Brasil, “tendo como fundamento os princípios da Administração Pública, previstos no artigo 37 da Constituição da República (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência), entre outros, como a ética, a transparência, a integridade, a justiça, a equidade e a responsabilidade”.

Braga e Granado (2017) afirmam que a cultura *compliance* “[...] agrega uma série de valores éticos e princípios morais, que tem por objetivo não apenas facilitar o cumprimento da Lei, mas sim, a busca fomentar valores nos agentes públicos”.

A governança pública deve estar regrada nos princípios da integridade, liderança, responsabilidade, compromisso, transparência e *accountability* (que entende o compromisso daqueles que gerenciam os recursos públicos de contrair responsabilidades pelas decisões tomadas (NASCIMENTO, 2017).

Atualmente, torna-se um grande desafio para a Administração Pública brasileira a implantação de programas de *compliance*, especificadamente criados para a esfera pública, utilizando-se nas experiências advindas da aplicação do *compliance* no setor privado.

Breier (2015), citando Dubois (2012, p. 19), afirma que “[...] as diferenças de logística e de estrutura entre o setor público e privado não são fatores impeditivos para a implantação de programas de *compliance*”. Para o referido autor, as duas estruturas administrativas, seja privada ou estatal, possuem o desenvolvimento da atividade-meio muito parecido, divergindo, apenas, em suas finalidades (BREIER, 2015).

A implantação do *compliance* no setor público é necessária para que esta fomente a integridade, a ética, bem como a transparência diante da sociedade (NASCIMENTO, 2017).

Diniz (2017), durante um seminário realizado no Superior Tribunal de Justiça (STJ) a respeito de Programas de *Compliance*, afirmou que somente 14% (quatorze por cento) das empresas do Brasil aplicaram um tipo de programa de *compliance*, e a grande porção delas é do âmbito financeiro. Para o referido professor, é necessário que se crie uma cultura para o acolhimento desses programas, eis que a atuação do setor público nessas iniciativas é moderada.

Para Marrara (2017), as informações obtidas a respeito da improbidade e da corrupção apontam a imprescindibilidade de investir na instrução de gestores para a execução de programas de *compliance*.

Nascimento (2016) evidencia o que se compreende por *Compliance Público*, *in verbis*:

Nesta acepção, cabe evidenciar, o que se compreende por *Compliance Público*, programa de integridade pública, como criação de medidas institucionais, mecanismos e procedimentos de integridade, análise e gestão de riscos,

comunicação, controles, auditoria, monitoramento e denúncia que venham a promover a atuação em conformidade do órgão, de acordo com diretrizes internas e externas promovendo, com isso, a gestão da integridade na esfera pública.

Assim, Nascimento (2017) leciona os caminhos que a Administração Pública deverá seguir para a implantação do *compliance* público, que vai desde o planejamento e da gestão estratégica até a implementação do programa.

Torna-se fundamental a diligência de terceiros, controles internos eficientes, criação de ouvidorias, bem como treinamento e comunicação, sendo que Nascimento (2017) aponta os pontos fundamentais que se fazem necessários a criação de um plano de integridade e publicação do Programa pela Alta Administração, além do mapeamento dos riscos da organização que estejam associados às áreas e processos mais vulneráveis, com apresentação de medidas de mitigação, dentre outras providências.

Para isso, é essencial o comprometimento da alta administração do órgão público, a fim de que proceda a implantação e a execução de um programa efetivo, vivo e que prossiga, continuamente, a se aperfeiçoar e se ajustar à realidade do órgão público (NASCIMENTO, 2017).

Enfim, pessoas corretas, utilizando instrumentos apropriados e devidamente empregados, proporcionarão uma gestão pública transparente, sustentável e eficiente, indo de acordo com os objetivos da Administração Pública, prevenindo e combatendo a corrupção.

CONCLUSÃO

A corrupção é um problema muito debatido na atualidade e gera graves consequências ao desenvolvimento de um país, contribuindo para o aumento das desigualdades sociais. Ainda, está associada diretamente à eficácia e à credibilidade da gestão pública.

Uma organização que preza pela aplicação do *compliance* minimiza os desvios éticos e as práticas corruptas, fazendo com que a principal finalidade pública, qual seja, o interesse público, possa ser preservado, o que desperta a nós, operadores do Direito, a necessidade do aprofundamento do estudo do tema, posto que envolve a adaptação ao sistema forte de normas e procedimentos.

É possível compreender que a temática do *compliance* vai muito além de métodos que trazem melhoras no âmbito ético, o que traz boa reputação, maior credibilidade e confiabilidade às empresas, afetando também a

competitividade do empreendimento, sendo este, um grande diferencial.

Os programas de conformidade também estão relacionados à denominada “governança corporativa”, ou seja, um sistema de direção e organização empresarial abarcando mecanismos regulatórios de mercado (BENEDITTE, 2013).

No setor público, diante dos reclamos inarredáveis de controle do fenômeno corrupção, torna-se relevante aplicar as políticas *decompliance* na Administração Pública. A administração direta e indireta deve contar com políticas preventivas, que proporcionarão uma gestão e uma organização pública mais eficiente, marcada por uma postura ética e efetividade dos serviços, de forma a minimizar os delitos de corrupção.

Enfim, uma Administração Pública mais aderente, íntegra e protegida de riscos não pode descartar os avanços trazidos pela implementação dos programas *decompliance*, que pode ser materializado por meio da elaboração de normas, pela promoção de treinamentos e pela criação de estruturas que vivificam essas ideias, percebendo este como um grande mecanismo de controle no combate à corrupção.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro – Aspectos penais e processuais penais**. 3 ed. São Paulo: RT (Revista dos Tribunais), 2016.

BARBOZA, Márcia Noll. **O combate à corrupção no mundo contemporâneo e o papel do Ministério Público no Brasil**. Brasília: Ministério Público Federal, 2006, p. 24. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/noticias-1/eventos/docs-monografias/monografia_3_lugar.pdf>. Acesso em: 27/02/2018.

BENEDITTE, Carla Rahal. **Criminal Compliance: Instrumento de Prevenção Criminal Corporativa e Transferência de Responsabilidade Penal**. São Paulo: Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, 2013.

BOVENS, Mark. **Two Concepts of Accountability: Accountability as a Virtue and as a Mechanism**. West European Politics - WEST EUR POLIT, s.d.

BRAGA, Marcus Vinicius de Azevedo; GRANADO, Gustavo Adolfo Rocha. Compliance no setor público: necessário; mas suficiente? Disponível

em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/compliance-no-setor-publico-necessario-mas-suficiente-18042017>>. Acesso em: 22.09.2017.

BRAGAGNOLI, Renilda. **A Lei nº 13.303/2016 e o (velho) compliance das empresas**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/61227/a-lei-n-13-303-2016-e-o-velho-compliance-das-empresas-estatais>>. Acesso em 17.12.2017.

BRASIL, Controladoria-Geral da União. **Instrução Normativa conjunta MP nº 01 de 2016**. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/sobre/legislacao/arquivos/instrucoes-normativas/in_cgu_mpog_01_2016.pdf>. Acesso em: 12.12.2017.

_____, **Lei nº 12.846**, de 1º de agosto de 2013.

_____, **Lei nº 13.303**, de 30 de junho de 2016.

_____, Superior Tribunal de Justiça. **Compliance no setor público e em pequenas empresas ainda é pouco representativo, afirmam especialistas**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Compliance-no-setor-p%C3%BAblico-e-em-pequenas-empresas-ainda-%C3%A9-pouco-representativo,-afirmam-especialistas>. Acesso em: 13.11.2017.

BREI, Zani Andrade. **A corrupção: causas, consequências e soluções para o problema**. Rio de Janeiro: Revista de Administração Pública, 1996.

BREIER, Ricardo. **Implementação de programas de compliance no setor público é um desafio**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-ago-20/ricardo-breier-compliance-setor-publico-desafio-pais>>. Acesso em: 12.10.2017.

CANDELORO, Ana Paula P., DE RIZZO, Maria Balbina Martins e PINHO, Vinícius. **Compliance 360º: riscos, estratégias, conflitos e vaidades no mundo corporativo**. São Paulo: Trevisan Editora Universitária, 2012.

COELHO, Cláudio Carneiro Bezerra Pinto. **Compliance na Administração Pública: Uma necessidade para o Brasil**. Disponível em: <<http://faculdadeguanambi.edu.br/revistas/index.php/Revistadedireito/article/view/103/21>>. Acesso em: 13.12.2017.

CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. **Secretaria de prevenção da corrupção e informações estratégicas: Controle Social: orientação dos cidadãos para participação na gestão pública e no exercício do controle social**. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/publicacoes/CartilhaOlhoVivo/Arquivos/ControleSocial.pdf>>. Acesso em: 10.09.2017.

CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS CONTRA A CORRUPÇÃO. **Transparência e Controladoria-Geral da União**. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/AreaPrevencaoCorrupcao/ConvencoesInternacionais/ConvecaoONU.asp>>. Acesso em: 11.09.2017.

DE OLIVEIRA, Aline. **Capacitação integrada à Governança Pública**. Disponível em: <https://sollicita.com.br/Noticia/?p_idNoticia=10282&n=capacita%C3%A7%C3%A3o-integrada-%C3%A0-governan%C3%A7a-p%C3%BAblica->. Acesso em: 06.11.2017.

FILGUEIRAS, Fernando. **Corrupção, democracia e legitimidade**. Belo Horizonte: UFMG, 2008.

GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. **O combate à Corrupção e comentários à Lei de Responsabilidade de pessoas Jurídicas (Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013): Atualizado de acordo com o Decreto n. 8.420, de 18 de março de 2015**. São Paulo: Saraiva, 2015.

JORGENSEN, Jay T.; MARSHALL, C. Kevin. **UCDavisLawReviewSymposium “Corruption and Compliance: Promoting Integrity in a Global Economy”**. Disponível em: <https://lawreview.law.ucdavis.edu/issues/49/2/Symposium/49-2_Jorgensen.pdf>. Acesso em: 20.11.2017.

LAKATOS, E. M.; MARCONI, M. A. **Metodologia do Trabalho científico**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 1992.

LUZ, Ilana Martins. **Compliance & Omissão Imprópria**. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2018

MARTINEZ, André Almeida Rodrigues. **Compliance no Brasil e suas origens**. Disponível em: <<http://www.lecnews.com/artigos/2017/03/14/complice-no-brasil-e-suas-origens/>>. Acesso em: 25.09.2017.

NASCIMENTO, Juliana Oliveira. **Compliance Público: O caminho para a integridade na Administração Pública**. Disponível em: <<http://www.lecnews.com/artigos/2016/09/23/compliance-publico-o-caminho-para-a-integridade-na-administracao-publica/>>. Acesso em: 18.10.2017.

NASCIMENTO, Mellilo Dinis do. **Lei anticorrupção empresarial: Aspectos críticos à Lei n. 12.846/2013**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Corrupção e Anticorrupção**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

OXFORD ADVANCED LEARNER'S, 8th Edition, Oxford University Press

PESTANA, Marcio. **Lei Anticorrupção (Exame sistematizado da Lei 12.846/2013)**. São Paulo: Manole, 2016.

PETRELLUZZI, Marco Vinicio; RIZEK JUNIOR, Rubens Naman. **Lei Anticorrupção: Origens, comentários e análise da legislação correlata**. São Paulo: Saraiva, 2014.

RAMALHO, Tatiany de Brito; SANTOS, Fernanda Marinela de Sousa; PAIVA, Fernando. **Lei Anticorrupção: Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013**. São Paulo: Saraiva, 2015.

RAMASASTRY, Anita. **Is there a right to be free from corruption?** University of California Davis Law Review, v.49, n.2, 2015. p. 703/739.

ROBL FILHO, Ilton Norberto. **Conselho Nacional de Justiça: Estado Democrático de Direito e Accountability**. São Paulo: Saraiva, 2013.

SILVA, Daniel Cavalcante; COVAC, José Roberto. **Compliance como boa prática de gestão no ensino superior privado**. São Paulo: Saraiva, 2015.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; DINIZ, Eduardo Saad. **Compliance, Direito Penal e a Lei Anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2015.

TRANSPARENCY. **CorruptionPerceptions Index 2016**. Disponível em: <https://www.transparency.org/news/feature/corruption_perceptions_index_2016>. Acesso em: 04.09.2017.

TRIVIÑOS, A. N. S. **Introdução à pesquisa em ciências sociais: A pesquisa qualitativa em educação**. São Paulo: Atlas, 1987.

UNODC. **Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção**. Disponível em: <<https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/corruptcao/convencao.html>>. Acesso em: 12.12.2017.

VEJA, Revista. **O Custo da Corrupção no Brasil**. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/blog/reinaldo/materia-de-capac-8211-o-custo-da-corruptcao-no-brasil-r-82-bilhoes-por-ano/>>. Acesso em 14.09.2017.

VOLKOV, Michael. **Compliance Program Effectiveness Requires Accountability**. Disponível em: <<https://blog.volkovlaw.com/2015/03/compliance-program-effectiveness-requires-accountability/>>. Acesso em: 08.10.2017.

NOVAS HIPÓTESES PARA CONCESSÃO DA PRISÃO DOMICILIAR COM ADVENTO DA LEI 13.257/2016

NEW HYPOTHESES FOR GRANTING THE HOUSE ARREST WITH THE ADVENT OF LAW 13.257/2016

Neline Santos Azevedo¹

RESUMO: A presente pesquisa propõe-se analisar, a partir da exposição de casos concretos, as alterações trazidas pela Lei de Primeira Infância (Lei 13.257/2016) e as novas hipóteses trazidas para a concessão da prisão domiciliar inseridas nos incisos IV, V e VI do art. 318 Código de Processo Penal, que ampliou a concessão da prisão domiciliar para a gestante, independente do mês de gestação em que se encontra, acrescentou a hipótese de substituição da prisão caso a mulher tenha filhos de até 12 (doze) anos de idade incompletos e estendeu a concessão ao homem caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos incompletos, além de alterar o inciso IV, especificando a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar nos casos em que a presa esteja na condição de gestante. Ressalta-se que antes da alteração trazida pela Lei, o referido artigo já definia hipóteses da concessão que seriam aplicadas a critério do juiz concedendo ou não a substituição. Assim, busca-se apresentar como o juiz examina cada caso específico, admitindo ou não a substituição da prisão preventiva, analisando o crime cometido pelo agente, a segurança a ordem pública, ou o melhor interesse da criança.

Palavras-chave: Aplicação da Lei 13.257/2016, Prisão Preventiva, Substituição, Prisão domiciliar

1 Advogada. Pós-Graduada em Ciências Criminais (Lato Sensu) da Universidade Estácio de Sá. Graduada em Direito pela Faculdade Interamericana de Porto Velho – UNIRON. E-mail: nelineazevedo@gmail.com. (69) 9118-3825.

ABSTRACT: The present research aims to analyze the changes brought about by the First Childhood Law (Law 13,257 / 2016) and the new hypotheses brought to the granting of house arrest, inserted in items IV, V and VI of art. 318 Criminal Procedure Code, which extended the granting of the house arrest to the pregnant woman, regardless of the gestation month, added the hypothesis of replacing the prison if the woman had a child of up to 12 years of age incomplete and extended the concession to the man if he alone is responsible for the care of the child of up to twelve (12) incomplete years. and amended section IV, specifying the replacement of custody by house arrest in cases where the prey is in the condition of pregnant. Prior to the amendment brought by the Law, said article already defined hypotheses of the concession, which would be applied at the discretion of the judge granting or not the substitution. Thus, it is sought to present how the judge judges each specific case, admitting or not the substitution of preventive custody, analyzing the crime committed by the agent, security of public order, or the best interest of the child.

Keywords: Law Enforcement 13,257 / 2016, Preventive Detention, Replacement, Household Detention

INTRODUÇÃO

A prisão domiciliar possui a mesma natureza jurídica da prisão preventiva, ou seja, uma medida cautelar privativa de liberdade em que o réu tem a sua liberdade restringida apenas no âmbito de sua residência. Este instituto encontra previsão no artigo 117 da Lei de Execução Penal (Lei 7210/84) e após a reforma em 2011 da LEP, foi acrescentado ao capítulo IV do Código de Processo Penal, que dispõe sobre a prisão domiciliar.

As hipóteses para concessão da prisão domiciliar encontram-se no Art. 318 do Código de Processo Penal de modo taxativo, sendo facultado ao juiz conceder ou não tal medida ao agente preso em flagrante, conforme explica o processualista penal Geraldo Prado:

A prisão domiciliar é medida humanitária. Assim, seu fundamento está na tutela constitucional da dignidade da pessoa humana, valor supremo albergado por nossa Constituição, cuja realização é dever de todos, especialmente dos agentes públicos. Como medida humanitária não se discute seu cabimento sempre que se verificarem os requisitos, que nos incisos I e IV são objetivos. Trata-se de direito subjetivo do preso, independentemente de o preceito empregar o verbo “poder”, a indicar inexistente poder discricionário do juiz.

Assevera-se que o *caput* do dispositivo utiliza a palavra “poderá”, ou seja, o juiz não é obrigado a conceder a substituição apenas com base na Lei, mas deve observar o caso concreto e se a concessão da substituição será benéfica à criança e à sociedade.

A partir do conceito de prisão domiciliar, inicia-se este trabalho com as considerações gerais sobre o marco legal da primeira infância (Lei 13.257/2016), como se deu sua criação e qual o objetivo da Lei de Primeira Infância.

No segundo capítulo serão expostas as principais alterações feitas no Código de Processo Penal, demonstrando a importância da criação dessa lei e as alterações realizadas nos dispositivos legais que buscam o melhor desenvolvimento para as crianças.

Já o terceiro capítulo fala da aplicação subjetiva da lei na jurisprudência e de como é facultado ao juiz a concessão da substituição da prisão preventiva pela domiciliar, analisando a conduta do agente e se a concessão traz benefícios para a criança e para a ordem pública.

Por fim, o quarto capítulo colaciona alguns julgados, demonstrando como se aplicam as alterações feitas no art. 318 do Código de Processo Penal, analisando as diferentes decisões acerca de cada caso concreto, seja

em observância à proteção da criança, da gestante ou da segurança à ordem pública.

Portanto, o objetivo do tema proposto é analisar se a alteração no art.318 do Código de Processo Penal será benéfico à criança, bem como se a concessão da medida afeta os direitos individuais da criança ou da agente que cometeu o crime.

1. CONSIDERAÇÕES GERAIS DO MARCO LEGAL DA PRIMEIRA INFÂNCIA (LEI N.13.257/16)

O projeto de lei, proposto pelo deputado e ministro Osmar Terra, foi sancionada em 8 de março de 2016 com o objetivo de implementar políticas públicas para a primeira infância. Com isso, foram alterados diversos dispositivos, como o Estatuto da Criança e do Adolescente, Consolidação das Leis do Trabalho e o Código de Processo Penal, com a intenção de garantir o melhor interesse da criança e sua proteção perante o estado, conforme dispõe o art. 4º² e seus incisos, *in verbis*:

Art. 4º As políticas públicas voltadas ao atendimento dos direitos da criança na primeira infância serão elaboradas e executadas de forma a:

I - atender ao interesse superior da criança e à sua condição de sujeito de direitos e de cidadã;

II - incluir a participação da criança na definição das ações que lhe digam respeito, em conformidade com suas características etárias e de desenvolvimento;

III - respeitar a individualidade e os ritmos de desenvolvimento das crianças e valorizar a diversidade da infância brasileira, assim como as diferenças entre as crianças em seus contextos sociais e culturais;

IV - reduzir as desigualdades no acesso aos bens e serviços que atendam aos direitos da criança na primeira infância, priorizando o investimento público na promoção da justiça social, da equidade e da inclusão sem discriminação da criança;

V - articular as dimensões ética, humanista e política da criança cidadã com as evidências científicas e a prática profissional no atendimento da primeira infância;

VI - adotar abordagem participativa, envolvendo a sociedade, por meio de suas organizações representativas, os profissionais, os pais e as crianças, no aprimoramento da qualidade das ações e na garantia da oferta dos serviços;

VII - articular as ações setoriais com vistas ao atendimento integral e integrado;

VIII - descentralizar as ações entre os entes da Federação;

IX - promover a formação da cultura de proteção e promoção da criança, com apoio dos meios de comunicação social.

Diante disso, observa-se que o poder estatal deve instruir as políticas públicas atendendo os direitos das crianças na primeira infância,

²Brasil. Lei nº 13.257, de 8 de março de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13257.htm>. Acesso em: 25set.2018.

constituindo um objetivo comum a ser alcançado por todos os Estados, Municípios, Distrito Federal e a União.

A iniciativa legislativa teve a intenção de promover direitos das crianças nesta primeira etapa da vida, garantido: saúde, alimentação, educação infantil, convivência familiar, assistência social à família da criança, cultura e meio ambiente, meios que possibilitam o pleno desenvolvimento da criança.

Assim, foi definido como primeira infância os primeiros 6 (seis) anos completos ou 72 (setenta e dois) meses de vida da criança, conforme explica a especialista em primeira infância, Gaby Fujimoto³:

Como demonstram as pesquisas, é o período mais determinante no desenvolvimento humano. As experiências vividas nestes mil primeiros dias formam a base da aprendizagem socioemocional, cognitiva e física, que assegura o êxito futuro na sociedade e durante a escolarização.

A lei abrange qualquer criança que se encontra nessa faixa etária, independente de onde ela reside. Pois, a responsabilidade é da família, Estado, e solidariamente a sociedade, que devem trabalhar em conjunto para fortalecer o melhor interesse da criança, conforme preconiza o art. 227 da Constituição Federal⁴.

Portanto, a utilização de princípios e diretrizes para a implementação das políticas públicas para as crianças de primeira infância foi fundamental para a criação da Lei 13.257/16, que busca garantir um desenvolvimento saudável para a criança de 0 a 6 anos.

2. ALTERAÇÕES NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

As alterações trazidas pela Lei de primeira infância no Código de Processo Penal tiveram como principal objetivo o fortalecimento do vínculo familiar, buscando manter o convívio com o pai e a mãe. Nessa linha o art. 6 do CPP em seu inciso X, acrescido pela Lei de primeira infância, dispõe que a autoridade policial quando tiver conhecimento da prática da infração penal deverá apurar sobre a existência de filhos, respectivas idades, se possuem deficiência e quem eventualmente seria seu responsável.

³FUJIMOTO, Gaby. Cenário Mundial das Políticas de Primeira Infância. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/a-camara/estruturaadm/altosestudios/pdf/obra-avancos-do-marco-legal-da-primeira-infancia>> Acesso em: 25 set. 2018.

⁴BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 25 set. 2018. Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão

Tais informações deverão ser registradas no auto de prisão em flagrante e deverá constar no interrogatório a informação sobre a existência de filhos, conforme alteração nos respectivos artigos 304, §4, e 185, §10, do CPP⁵. Após a constatação de que os filhos menores estão em situação de risco, estes deverão ser encaminhados ao programa de acolhimento familiar.

Apesar das alterações de grande significância para a proteção da criança, a que mais gerou discussões foram o acréscimo dos incisos V e VI do art. 318 do Código de Processo Penal, que trata da substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar e alteração no inciso IV, especificando a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar nos casos em que a presa esteja na condição de gestante.

A prisão domiciliar possui a mesma natureza jurídica da prisão preventiva, ou seja, uma medida cautelar privativa de liberdade em que o réu tem o seu livramento restringido apenas no âmbito de sua residência, podendo se ausentar apenas com autorização judicial.

Os eminentes juristas Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar⁶ discorrem a respeito da prisão domiciliar:

A prisão domiciliar é medida cautelar cerceadora de liberdade prevista expressamente nos artigos 317 e 318 do Código, e tem lugar toda vez que a execução da prisão preventiva não seja recomendada em cadeia pública (para os presos provisórios) ou em prisão especial (para os acusados que detêm essa prerrogativa por força da lei), em razão de condições especiais, mormente as relacionadas à idade e à saúde do agente. (TÁVORA; ALENCAR, 2016, p.940)

Conforme já mencionado, o art. 317 do CPP define o instituto da prisão domiciliar e o art. 318, que sofreu alterações pela lei de primeira infância, subestabelece em um rol taxativo as hipóteses as quais a prisão domiciliar pode se enquadrar:

Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for:

I – maior de 80 (oitenta) anos;

II – extremamente debilitado por motivo de doença grave;

⁵ BRASIL. Código de Processo Penal. Brasília, DF. Decreto-Lei nº 3.689 de 03. out. 1941. Disponível

em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 23 set. 2018. Art. 304 (...) § 4º Da lavratura do auto de prisão em flagrante deverá constar a informação sobre a existência de filhos, respectivas idades e se possuem alguma deficiência e o nome e o contato de eventual responsável pelos cuidados dos filhos, indicado pela pessoa presa.

Art. 185 (...) § 10. Do interrogatório deverá constar a informação sobre a existência de filhos, respectivas idades e se possuem alguma deficiência e o nome e o contato de eventual responsável pelos cuidados dos filhos, indicado pela pessoa presa. (Incluído pela Lei nº 13.257/2016)

⁶TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de Direito Processual Penal. 11. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPODIVM, 2016, p.940.

III – imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência;
IV – gestante;
V – mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos;
VI – homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos. (grifo nosso)
Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos nesse artigo

Deste modo, basta que a ré esteja grávida para ter o direito a prisão domiciliar, não havendo mais tempo mínimo, conforme estabelecia anteriormente no inciso V, do art. 318 do CPP, em que apenas a gestante a partir do 7º mês de gravidez ou sendo de alto risco faria jus ao benefício de substituição da prisão preventiva pela domiciliar.

Nota-se a inclusão dos incisos V e VI, estabelecendo que a mulher que tenha um filho de até 12 anos de idade incompletos pode ser beneficiada, e que caso o réu for homem e o único responsável pelos cuidados do filho, também poderá ser beneficiado.

Porém, apesar das mudanças trazidas pela Lei 13.257/16, o mero enquadramento do agente nas hipóteses elencadas no art. 318 do CPP não configura automaticamente o benefício da prisão domiciliar. É preciso buscar elementos no caso concreto que reforcem a concessão da prisão preventiva para a domiciliar, como veremos nos casos adiante.

3. A APLICAÇÃO SUBJETIVADA LEI 13.257/2016 NA JURISPRUDÊNCIA

Após a alteração legislativa no CPP, surgiram diversos entendimentos a respeito da Lei 13.257/16 e sua aplicabilidade. As substituições trazidas pelos incisos do art. 318 do CPP traduzem um direito subjetivo ao encarcerado(a), sendo, “*poder-dever*” do magistrado conferir tal concessão.

Porém, argumenta-se que a literalidade do *caput* do art. 318 do CPP regula que a matéria disposta no artigo faculta ao juiz substituir a prisão preventiva pela prisão domiciliar. Dessa forma, o juiz avalia os aspectos subjetivos da pessoa custodiada, ou seja, analisa caso a caso, deferindo ou não a substituição da custódia.

Pertinente ao assunto, Eugênio Pacelli⁷ discorre sobre a necessária avaliação do juiz:

⁷ACELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal. 18. ed. São Paulo: São Paulo: Atlas, 2014. p. 572.

Em relação às questões de natureza mais subjetiva, tal como ocorre em relação à comprovação do alto risco da gestação, à necessidade de cuidados especiais de menor de seis anos ou deficiente, bem como a doença grave, há que se exigir prova técnica, nos casos em que sejam necessários diagnósticos e atestados médicos e comprovação fática das circunstâncias pessoais do acusado, a fim de se demonstrar a necessidade da sua presença na residência. O que deveria justificar a adoção da prisão domiciliar é a incapacidade efetiva e concreta da administração de atividades criminosas por parte daquele que a ela, objetivamente, atende aos requisitos legais.

Vislumbra-se que a concessão da prisão domiciliar exige o enquadramento do agente em uma das hipóteses legais e um juízo de valor positivo a respeito da conduta do agente, as circunstâncias do crime e se será suficiente a aplicação da medida substitutiva.

Em outra perspectiva, a substituição da prisão domiciliar tem o objetivo de favorecer a criança que depende do agente que se encontra encarcerado e busca reduzir a quantidade de presos que se encontram no provisório para desonerar os cofres estatais.

Cabe observar que a prisão domiciliar não constitui um direito absoluto, sendo facultado ao juiz conceder ou não a substituição com base nas hipóteses previstas na lei, bem como a eficácia em seu caso concreto.

Neste sentido, Renato Brasileiro⁸:

O princípio da adequação também deve ser aplicado à substituição (CPP, art. 282, II), de modo que a prisão preventiva somente pode ser substituída pela domiciliar se se mostrar adequada à situação concreta. Do contrário, bastaria que o acusado atingisse a idade de 80 (oitenta) anos para que tivesse direito automático à prisão domiciliar, com o que não se pode concordar. Portanto, a presença de um dos pressupostos do art. 318 do CPP funciona como requisito mínimo, mas não suficiente, de per si, para a substituição, cabendo ao magistrado verificar se, no caso concreto, a prisão domiciliar seria suficiente para neutralizar o *periculum libertatis* que deu ensejo à decretação da prisão preventiva do acusado.

Com isso, a alteração feita no inciso IV diz respeito à possibilidade da concessão da substituição de pena da mulher grávida e o juiz ao analisar o caso da agente, necessariamente deve observar além da lei, as causas do crime e o perigo que essa agente apresenta a sociedade, isto significa dizer que a simples comprovação de gravidez não é capaz de conceder de imediato a prisão domiciliar.

Percebe-se que o intuito do legislador é proteger a criança, dando importância aos primeiros anos de vida, visto ser a fase primordial para o desenvolvimento humano, por isso, necessita da análise minuciosa de cada caso pelo juiz na hora da concessão.

⁸Brasileiro, Renato, Manual de Direito Processual Penal. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 998.

4. O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E A APLICAÇÃO DO ESTATUTO DA PRIMEIRA INFÂNCIA

Nessa órbita, para a consolidação da aplicação do estatuto foram analisados julgados do STJ, demonstrando o posicionando a respeito da concessão da prisão domiciliar, não concedendo apenas com base nas hipóteses dos incisos do art. 318 do CPP, sendo necessário analisar a natureza do crime cometido, a personalidade do agente, o exame favorável da conduta, respeitando o princípio da inocência (art.5 inciso LVII, do CF) e da proporcionalidade, cabendo ao juiz pesar de um lado a proteção da criança e de outro o anseio social.

O *habeas corpus* nº 351.494 – SP (2016/0068407-9)⁹ refere-se à agente que se encontra grávida e possui uma filha de 2 anos, acusada de entrar com pequenas porções de cocaína e maconha em estabelecimento prisional onde entregaria ao seu companheiro preso.

O juiz de primeiro grau converteu a prisão em flagrante em preventiva e não deferiu o pedido de substituição da prisão do HC n. 2039322-37.2016.8.26.0000 em razão de considerar que as medidas cautelares não seriam suficientes para a aplicação no caso concreto da agente.

Ao subir para o Superior Tribunal de Justiça, o Relator Rogerio Schietti Cruz, da sexta turma, reformou a decisão proferida pelo *juízo a quo*, visto que:

Todavia, em casos excepcionais, o rigor de tal entendimento é mitigado, mercê da necessidade de correção prematura de constrangimento ilegal manifesto, como o que se verifica na hipótese. De início, impõe-se destacar a entrada em vigor, no dia 9/3/2016, da Lei n. 13.257/2016, a qual estabelece conjunto de ações prioritárias que devem ser observadas na primeira infância (0 a 6 anos de idade), mediante “princípios e diretrizes para a formulação e implementação de políticas públicas para a primeira infância em atenção à especificidade e à relevância dos primeiros anos de vida no desenvolvimento infantil e no desenvolvimento do ser humano” (art. 1º), em consonância com o Estatuto da Criança e do Adolescente.

[...]

Há que se ressaltar a posição central, em nosso ordenamento jurídico, da doutrina da proteção integral e do princípio da prioridade absoluta, previstos no art. 227 da Constituição Federal, no ECA e, ainda, na Convenção Internacional dos Direitos da Criança, ratificada pelo Decreto Presidencial n. 99.710/90. Sob tais regências normativas, e levando em consideração as peculiaridades do caso, penso ser temerário manter o encarceramento

⁹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus. HC 351.494/SP. Sexta Turma. Impetrante:

Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Relator: Min. Rogério Schietti Cruz. Brasília, 10 de março de 2016. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=585896>

17&num_registro=201600684079&data=20160314&formato=PDF>. Acesso em: 27 set. 2018.

da paciente quando presentes dois dos requisitos legais do artigo 318 do Código Penal, com a redação dada pela Lei n. 13.257/2016. Ademais a prisão domiciliar revela-se adequada para evitar a prática de outras infrações penais (art. 282, I, CPP), diante das condições favoráveis que ostenta (primariedade e residência fixa), e de não haver demonstração de sua periculosidade concreta, que pudesse autorizar o recurso à cautela extrema como a única hipótese a tutelar a ordem pública.

Assim, observamos no caso acima como pode haver diferentes entendimentos de aplicação da substituição da prisão preventiva pela domiciliar, não sendo “*dever*” do juiz determinar tal concessão sem verificar os requisitos subjetivos da lei e se a aplicação da medida seria suficiente para a manutenção da ordem pública.

Nesse contexto, destacam-se algumas decisões do STJ que seguem a mesma linha do Habeas Corpus supracitado e tratam expressamente dos requisitos subjetivos da lei:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PRISÃO PREVENTIVA. ENTENDIMENTO DO STF NO JULGAMENTO DO HC N. 143.641/SP. PRISÃO DOMICILIAR. POSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA. 1. O Juiz de primeiro grau, ao decretar a prisão preventiva da paciente, destacou concretamente a gravidade dos crimes, diante, em especial, da quantidade e da natureza das drogas e do concurso de agentes. 2. O Supremo Tribunal Federal, nos autos do HC n. 143.641, em 20/2/2018, concedeu habeas corpus coletivo “para determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar - sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 do CPP - de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas, ou mães de crianças e deficientes sob sua guarda [...], enquanto perdurar tal condição, excetuados os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionais, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelos juízes que denegarem o benefício”. 3. A novel legislação teve reflexos no Código de Processo Penal, imprimindo nova redação ao inciso IV do seu art. 318, além de acrescentar-lhe os incisos V e VI. Tais mudanças encontram suporte no próprio fundamento que subjaz à Lei n. 13.257/2016, notadamente a garantia do desenvolvimento infantil integral, com o “fortalecimento da família no exercício de sua função de cuidado e educação de seus filhos na primeira infância” (art. 14, § 1º). 4. Embora os argumentos adotados pelo Magistrado de primeiro grau demonstrem a gravidade concreta dos delitos e a periculosidade da acusada, mostra-se adequada no caso a prisão domiciliar, porquanto não há notícias de eventual existência de antecedentes ou de reiteração criminosa por parte da ré e o crime supostamente praticado não envolveu violência ou grave ameaça contra pessoa. 5. Ordem concedida para assegurar à paciente que aguarde em prisão domiciliar o esgotamento da jurisdição ordinária. Cumprirá ao juízo natural da causa estabelecer eventuais autorizações para breves ausências do recolhimento domiciliar da condenada, sempre tendo em vista os interesses da prole. HC 450631 SP 2018/0117665-0 Órgão Julgador - SEXTA TURMA Publicação DJe 02/08/2018 Julgamento 26 de Junho de 2018 Relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ¹⁰
O inciso III do art. 318 do CPP, introduzido pela Lei n. 12.403/2011, bem como o inciso V do mesmo artigo, introduzido pela Lei n. 13.257/16, não

¹⁰BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus. Processo HC 450631 SP 2018/0117665-0 Órgão Julgador - SEXTA TURMA

trouxeram maiores detalhamentos sobre os requisitos subjetivos a serem atendidos para conversão da prisão preventiva em domiciliar. No caput do art. 318 do Código de Processo Penal encontra-se a previsão de que o Juiz poderá converter a prisão preventiva em domiciliar. Dessa forma, essa análise deve ser feita caso a caso, pois se por um lado não existe uma obrigatoriedade da conversão, por outro a recusa também deve ser devidamente motivada. O requisito objetivo está atendido, uma vez que a paciente é mãe de criança de 4 anos de idade, acometida por “atraso no desenvolvimento da marcha”, distúrbio no qual a criança apresenta quadros de crises convulsivas, sendo necessário o acompanhamento da genitora dados comprovados por meio da certidão de nascimento e relatório médico acostados aos autos). No tocante ao preenchimento do requisito subjetivo, ainda que se trate de crime equiparado a hediondo, pesa em favor da paciente o fato de se tratar de acusada primária, com bons antecedentes e residência fixa. Assim, considerando que a presente conduta ilícita se trata de fato isolado na vida da paciente, acrescido ao fato de que até o momento da prisão era ela a responsável pela guarda, criação e orientação das menores, mostra-se adequada a conversão da custódia cautelar em prisão domiciliar. STJ - HC: 394039 SP 2017/0070368-0, Relator: Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Data de Julgamento: 23/05/2017, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: Dje 06/06/2017¹¹

Seguindo outro entendimento, o *Habeas Corpus* nº 355.626 – SP(2016/0118788-6)¹², a ré foi acusada de tráfico de entorpecentes c/c associação criminosa (art.33 e 35 da Lei nº 11.343/06)

Preso em flagrante e sendo imposta a prisão preventiva, com base no art. 310, II do CPP, a agente requereu a revogação da prisão preventiva e de forma subsidiária a substituição da preventiva pela prisão domiciliar, conforme as hipóteses do art. 318 do CPP.

O juízo *a quo* em seu voto discorre que a ré não possui o requisito para a concessão da substituição, tendo em vista que a sua filha não ostenta menos de seis anos de idade (art. 318, III, do CPP), e o relator finaliza seu voto da seguinte maneira:

[...] E assim, desde que presentes os motivos autorizadores da prisão cautelar, indiferente tratar-se de acusada primária, com família constituída, residência fixa e que alega possuir ocupação lícita. Esse, inclusive, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça: “A existência de condições pessoais favoráveis -

Publicação Dje 02/08/2018 Relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ Quinta Turma. Impetrante: Otavio Augusto Chimello Furlan. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Rogerio Cruz. Brasília, 26 de junho de 2018. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/617610973/habeas-corpus-hc-450631-sp-2018-0117665-0/inteiro-teor-617610983?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 27 set. 2018.

¹¹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 394039 SP 2017/0070368-0, Relator: Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Data de Julgamento: 23/05/2017, T5 - QUINTA TURMA, Impetrante: Diego Derico Velloso. Impetrado: Tribunal de Justiça de São Paulo. Relator Ministro Joel Ilan Paciornik. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/468929794/habeas-corpus-hc-394039-sp-2017-0070368-0/inteiro-teor-468929795?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 27 set. 2018

¹²BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus. HC 355.626/SP. Quinta Turma. Impetrante: Gustavo de Falchi e outro. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Min. Joel Ilan Paciornik. Brasília, 16 de maio de 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1521571&num_registro=201601155990&data=20160628&formato=PDF>. Acesso em: 27 set. 2018.

tais como primariedade, bons antecedentes, ocupação lícita e residência fixa - não tem o condão de, por si só, desconstituir a custódia antecipada, caso estejam presentes outros requisitos de ordem objetiva e subjetiva que autorizem a decretação da medida extrema, como ocorre na hipótese em tela.” (STJ, RHC 43239/RJ, Rel.: Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, Julgamento: 21/08/2014). Deste modo, presentes os pressupostos e requisitos legais da prisão preventiva, resta configurada a inadequação das medidas cautelares diversas do cárcere para proteção da ordem pública e a legalidade da constrição à liberdade de locomoção imposta à paciente.

O Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o *Habeas Corpus* da ré, manteve a prisão preventiva da agente, considerando que a aplicação de tal medida seria insuficiente para a manutenção da ordem pública, no voto dado pelo Ministro Joel Ilan Paciornik, discorreu que a agente não comprovou nos autos que era imprescindível para os cuidados do seu filho menor, conforme exposto no inciso III do art. 318.

Portanto, ficou comprovada que a prisão preventiva foi aplicada adequadamente no caso concreto, visto que a gravidade do delito e a busca pela manutenção da ordem pública implicaram para a não concessão da prisão domiciliar no caso apresentado acima.

CONCLUSÃO

Por todo o exposto, vê-se que a pesquisa possui o intuito de demonstrar os novos métodos de garantir o futuro de nossas crianças. As novidades trazidas pela Lei 13.257, de 8 de março de 2016, foi criada para garantir a proteção da primeira infância, por se tratar do período crucial no desenvolvimento da criança.

Porém, observa-se que a concessão da substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar ainda causará acaloradas discussões, a fim de consolidar o entendimento para que se empossa impedir a generalização do benefício ou que acabe não concedendo a substituição para uma agente que realmente dele precise.

O entendimento jurisprudencial é que o simples enquadramento nas hipóteses do Art. 318 do CPP não concede de forma automática o benefício. Deve ser somada ao pedido de substituição a necessidade do benefício, se é adequado e suficiente para manter a ordem pública e a asseguaração do convívio familiar.

Frise-se, que esta medida é uma faculdade do juiz, cabendo a ele indeferir ou não concessão da medida, por isso que observamos que muitas decisões que indeferem o benefício justificam a decretação da prisão

preventiva com elementos abstratos ao caso concreto e que acabam sendo reformados na instância superior por julgar a justificativa das decisões insuficientes para não conceder a prisão domiciliar.

Enfim, necessário a ponderação de todos os fatos quando se tratar sobre a concessão da prisão domiciliar e que os operadores do direito observem o real motivo para a criação da lei de primeira infância, levando em consideração os princípios basilares para a criação da lei que buscam a proteção integral da criança, o melhor interesse da criança e o convívio familiar.

REFERÊNCIAS

ACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 18. ed. São Paulo: São Paulo: Atlas, 2014. p. 572.

BRASIL. **Lei nº 13.257, de 8 de março de 2016**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13257.htm>. Acesso em: 26 set.2018.

_____. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em. Acesso em: 26 set 2018.

_____. **Código de Processo Penal**. Brasília, DF. Decreto-Lei nº 3.689 de 03. out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 23 set. 2018

BRASILEIRO, Renato, **Manual de Direito Processual Penal**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 998.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus. HC 351.494/SP. Sexta Turma. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Min. Rogério Schietti Cruz. Brasília, 10 de março de 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=58589617&num_registro=201600684079&data=20160314&formato=PDF>. Acesso em: 27 set. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus. Processo HC 450631 SP 2018/0117665-0 Órgão Julgador - SEXTA TURMA Publicação DJe 02/08/2018. Quinta Turma. Impetrante: Otávio Augusto Chimello Furlan. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Ministro

Rogério Cruz. Brasília, 26 de junho de 2018. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/617610973/habeas-corpus-hc-450631-sp-2018-0117665-0/inteiro-teor-617610983?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 27 set. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus. HC 355.626/SP. Quinta Turma. Impetrante: Gustavo de Falchi e outro. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Min. Joelllan Paciornik. Brasília, 16 de maio de 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1521571&num_registro=201601155990&data=20160628&formato=PDF>. Acesso em: 27 set. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 394039 SP 2017/0070368-0, Relator: Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Data de Julgamento: 23/05/2017, T5 - QUINTA TURMA, Impetrante: Diego Derico Velloso. Impetrado: Tribunal de Justiça de São Paulo. Relator Ministro Joel Ilan Paciornik. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/468929794/habeas-corpus-hc-394039-sp-2017-0070368-0/inteiro-teor-468929795?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 27 set. 2018

FUJIMOTO, Gaby. **Cenário Mundial das Políticas de Primeira Infância**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/a-camara/estruturaadm/altosestudos/pdf/obra-avancos-do-marco-legal-da-primeira-infancia>> Acesso em: 25 set. 2018.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 11. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPODVIM, 2016, p.940.

O MINISTÉRIO PÚBLICO COMO CURADOR DO MEIO AMBIENTE: A PROTEÇÃO DA CONCEPÇÃO JUS-FILOSÓFICA DE MEIO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO E SÁDIA QUALIDADE DE VIDA¹

Daniel Moreira da Silva²
Tauã Lima Verdan Rangel³

RESUMO: O escopo do presente artigo é analisar, à luz do Texto Constitucional, o papel desempenhado pelo Ministério Público como curador do Meio Ambiente. O movimento neocostitucional presente na Constituição de 1988 alterou substancialmente a natureza jurídica do Ministério Público, dando-lhe uma nova feição institucional. Para o exercício desta missão constitucional de garantia do meio ambiente saudável e equilibrado, o órgão ministerial foi dotado de instrumentos para o efetivo exercício de suas funções. O recorte teórico pautou-se na utilização de Paulo Bonavides, José Joaquim Gomes Canotilho, Celso Antônio Pacheco Fiorillo, Paulo Affonso de Leme Machado e Ingo Sarlet. A metodologia empregada está pautada no método dedutivo e sócio-crítico, auxiliada de pesquisa bibliográfica e revisão de literatura sistemática como técnicas de pesquisa.

Palavras-chave: Meio Ambiente. Ministério Público. Curador Constitucional.

¹Artigo vinculado ao Projeto de Iniciação Científica intitulado "Os influxos de Pacha Mama Andina para a formação de um Estado Socioambiental de Direito Brasileiro: uma análise das influências do neoconstitucionalismo latino-americano no Supremo Tribunal Brasileiro, no período de 2005-2015".

²Discente do Sexto Período do Curso de Direito do Instituto de Ensino Superior do Espírito Santo (IESES) – Unidade Cachoeiro de Itapemirim. E-mail: danielmoreira.er@gmail.com

³Professor Orientador. Doutor (2015-2018) e Mestre (2013-2015) em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense. Professor Universitário do Curso de Direito do Instituto de Ensino Superior do Espírito Santo – unidade de Cachoeiro de Itapemirim-ES. Telefone: 28 9-9983-6721. E-mail: taua_verdan2@hotmail.com

ABSTRACT: The scope of this article is to analyze, in the light of the Constitutional Text, the role played by the Public Ministry as curator of the Environment. The neocostitutional movement present in the 1988 Constitution substantially altered the legal nature of the Public Prosecutor's Office, giving it a new institutional feature. In order to carry out this constitutional mission of guaranteeing a healthy and balanced environment, the ministerial body was endowed with instruments for the effective exercise of its functions. The theoretical clipping was based on the use of Paulo Bonavides, José Joaquim Gomes Canotilho, Celso Antônio Pacheco Fiorillo, Paulo Affonso de Leme Machado and Ingo Sarlet. The methodology employed is based on the deductive and socio-critical method, aided by bibliographic research and systematic literature review as research techniques.

Keywords: Environment. Publicministry.Dignityofhumanperson. ConstitutionalCurator.

INTRODUÇÃO

Em sede de comentários introdutórios, destaque-se que com o aprimoramento da concepção de meio ambiente e o desenvolvimento da visão holística, surge uma nova ótica dentro da Comunidade Internacional, interagindo com a ideia da necessidade de preservação não apenas do meio biótico e os recursos naturais, mas também dos processos que ocorrem naturalmente no ambiente e dos quais resulta o equilíbrio ecológico. Houve seguramente, de qualquer modo em sua percepção, uma grande evolução com a passagem do crescimento econômico a qualquer custo para as formas de desenvolvimento menos agressivas ao meio. As estruturas políticas, sociais e econômicas tornaram-se insensíveis à degradação generalizada do mundo natural. Contudo, o sistema jurídico é uno e inter-relacionado, devendo ser interpretado de maneira indivisível, respeitados os princípios e a hierarquia das normas. Além do mais, em se tratando de meio ambiente, requer-se uma interpretação sistemática da Constituição. Assim, a Carta Constitucional ampliou robustamente o campo dos direitos e garantias individuais fundamentais, na construção de um Estado Democrático de Direito que se afirma através dos fundamentos e objetivos perseguidos pela nação.

Sabe-se que o objetivo mais importante dos parlamentares constituintes de 1988, na qualidade de legítimos representantes do povo brasileiro, foi o de transformar o Brasil em um verdadeiro Estado Democrático de Direito, vale dizer, criar um Estado que garantisse os direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, concebidos como os valores supremos de nossa sociedade, o que consignaram no Preâmbulo da atual Carta Magna. Desse modo, a partir da Carta Magna de 1988, em um novo modelo de Estado, o chamado Estado Democrático de Direito, que objetiva primordialmente a garantia da dignidade do ser humano, incorporando, inclusive, novas dimensões de Direitos Fundamentais, ou seja, os direitos sociais, coletivos e difusos que abrangem toda a sociedade.

O Ministério Público é configurado, neste novo modelo de sociedade que a Lei Fundamental de 1988 pretende criar, nos termos da definição contida no seu artigo 127, *caput*, como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos direitos sociais e individuais indisponíveis, ou seja, uma instituição justamente criada com a missão precípua de defesa dos fundamentos e valores deste novo Estado Democrático de Direito, restando tipificada como uma “Das funções essenciais à Justiça”. Além de alargar significativamente o termo meio ambiente equilibrado, a Constituição

Federal de 1988 impôs ao Ministério Público a árdua missão de proteção do meio ambiente, dotando-o de instrumentos importantes para sua atuação. A metodologia empregada na construção do presente está pautada no método dedutivo e sócio-crítico, auxiliada de pesquisa bibliográfica e revisão de literatura sistemática como técnicas de pesquisa.

1.DEFINIÇÃO DE MEIO AMBIENTE À LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO NACIONAL

A definição legal de meio ambiente não era realidade no âmbito jurídico brasileiro até a promulgação da Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências, responsável por abrigar, em seu artigo 3º, inciso I, a definição legal de meio ambiente como “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas” (BRASIL, 1981). Com efeito, o mesmo diploma legal estabelece, ainda, na redação de seu artigo 2º, o meio ambiente como “um patrimônio público a ser necessariamente assegurado e protegido, tendo em vista o uso coletivo” (BRASIL, 1981). Em complemento às ponderações apresentadas até o momento, cuida destacar que, no entender de Paulo Affonso Leme Machado (2013), a referida lei definiu o meio ambiente da forma ampla, fazendo, compreender que atinge tudo aquilo que lhe permite a vida.

Nesta senda, ainda, Fiorillo(2012),ao tecer comentários acerca da acepção conceitual de meio ambiente, coloca em destaque que tal tema se assenta em um ideário jurídico indeterminado, incumbindo ao intérprete das leis promover o seu preenchimento. Dada a fluidez do tema, é possível colocar em evidência que o meio ambiente encontra íntima e umbilical relação com os componentes que cercam o ser humano, os quais são de imprescindível relevância para a sua existência. O Ministro Luiz Fux, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.029, salientou, com bastante pertinência, que:

[...] o meio ambiente é um conceito, hoje geminado com o de saúde pública, saúde de cada indivíduo, sadia qualidade de vida, diz a Constituição, é por isso que estou falando de saúde, e hoje todos nós sabemos que ele é imbricado, é conceitualmente geminado com o próprio desenvolvimento. Se antes nós dizíamos que o meio ambiente é compatível com o desenvolvimento, hoje nós dizemos, a partir da Constituição, tecnicamente, que não pode haver desenvolvimento senão com o meio ambiente ecologicamente equilibrado. A geminação do conceito me parece de rigor técnico, porque salta da própria Constituição Federal.(BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.029/AM).

Prosseguindo na exposição, e igualmente compartilhando do entendimento acerca da amplitude da definição legal, o professor Celso Fiorillo acrescenta que a intenção do legislador foi de criar um conceito jurídico indeterminado facultando a existência de um espaço positivo de incidência de norma. (FIORILLO, 2012, p.77) Ademais, prima reconhecer que o conceito de meio ambiente foi, claramente, recepcionado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Neste sentido, o Constituinte Originário estabeleceu, na redação do artigo 225, a tutela ao bem jurídico ambiental, cujo objetivo é uma “*sadia qualidade de vida*”, para todos, presente e futuras gerações (solidariedade transgeracional). Sob esse contexto, entende José Afonso da Silva (2011) que, diante da deficiência do legislador em criar a norma prevista no art. 3º, inciso I, da Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, não se preocupou em estabelecer os marcoslimítrofes do bem jurídico.

Entrementes, com o advento de uma nova realidade jurídica pela Constituição Federal de 1988, possibilitou-se outra definição, ou seja, uma tutela jurisdicional considerada mais ampla e mais abrangente. Neste sentido, meio ambiente é definido como “a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas” (SILVA, 2011, p. 20).

Além disso, reconhece-se que o meio ambiente foi alçado à condição de direito de todos, presentes e futuras gerações, reconhecendo, de maneira cristalina, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como típico direito de terceira dimensão, ou seja, direito recoberto pelo manto da solidariedade, ultrapassando a conotação individualista e passando a conceber o gênero humano (coletividade) como destinatário. Disso decorre o entender de José Afonso da Silva (2011) em que é encarado como patrimônio, cuja preservação, recuperação ou revitalização se tornaram um imperativo do Poder Público, sendo assim, compromete-se a uma boa qualidade de vida.

Com a nova sistemática entabulada pela redação do artigo 225 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o meio ambiente passou a ter autonomia, tal seja não está vinculada a lesões perpetradas contra o ser humano para se agasalhar das reprimendas a serem utilizadas em relação ao ato perpetrado. Figura-se como bem de uso comum do povo o segundo pilar que dá corpo aos sustentáculos do tema em tela. O axioma a ser esmiuçado, está atrelado o meio ambiente como vetor da sadia qualidade de vida, ou seja, manifesta-se na salubridade, precipuamente, ao vincular a espécie humana está se tratando do bem-estar e condições mínimas de existência. Igualmente, o sustentáculo em análise se corporifica

também na higidez, ao cumprir os preceitos de ecologicamente equilibrado, salvaguardando a vida em todas as suas formas (diversidade de espécies). (RANGEL, 2012, s.p.)

Ao lado disso, cuida reconhecer que essa legislação atendeu, em determinada medida, às recomendações da Carta da Terra e da Agenda 21, aprovadas durante a ECO-92, no Rio de Janeiro. Os países signatários se comprometeram a criar leis para a responsabilização por danos ao meio ambiente e para a compensação às vítimas da poluição. Uma análise revestida de tecnicidade permite compreender que o meio ambiente é considerado em diversos aspectos, os quais, reunidos, substancializam o ideário axiológico do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

2. O MINISTÉRIO PÚBLICO NA ORDEM CONSTITUCIONAL DE 1988

Com reflexos cristalinos, o Constituinte de 1988 alterou substancialmente a natureza jurídica do Ministério Público, dando-lhe uma nova feição institucional. Diferentemente das Constituições anteriores, que pouco tratavam do assunto, deixando esta tarefa a cargo da legislação infraconstitucional, a Constituição Federal de 1988 assegurou um capítulo próprio, esboçando-lhe minudentemente um arquétipo constitucional. Em suma, o Constituinte originário opta por alocar o Ministério Público, embora inserindo-o no aparelho do Estado, fora de quaisquer dos poderes, com estreita ligação à sociedade. Desse modo, o Ministério Público brasileiro recebeu um perfil institucional e um *status* político inovador na esfera mundial. Diante deste cenário, passou a ser o guardião do regime democrático, o defensor da ordem jurídica e do patrimônio público, num país de tamanhas desigualdades sociais (onde o espetáculo da miséria dilacera a consciência humana) e de débil tradição de respeito à coisa pública, notadamente de parte dos infratores poderosos, detentores do poder (RAMOS, 2016, s.p.). Em face disto, assumiu a feição de alavanca propulsora da atividade jurisdicional, convertendo-se em instrumento primordial à efetivação do princípio constitucional do acesso à justiça, legitimado à proteção de bens e valores de interesse de toda a sociedade.

A Constituição vigente trata do Ministério Público em posição distinta da estrutura dos demais poderes da República, em capítulo especial, ampliando suas funções e concedendo total autonomia e independência. Neste sentido, ainda, Alexandre de Moraes (2014) explica que, constitucionalmente, o Ministério Público abrange o Ministério Público da União, nos quais se encontram: o Ministério Público Federal; o Ministério Público do Trabalho;

o Ministério Público Militar e; o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios; em segundo lugar, abrange os Ministérios Públicos dos Estados. A Constituição Federal de 1988 descreveu o Ministério Público como uma instituição permanente de funções essenciais ao bom desenvolvimento da justiça, o qual deverá defender os interesses sociais indisponíveis, bem como manter a ordem jurídica e zelar pela ordem do regime democrático. Neste sentido, a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, nº 8.625 de 12 de fevereiro de 1993, também definiu o Ministério Público como instituição permanente essencial a atividade jurisdicional, recorrendo acerca da sua organização interna, sua autonomia e seus princípios institucionais.

Nesta senda, ainda, Bulos (2012), ao tecer comentários acerca da aceção conceitual do Ministério Público assevera que a palavra “ministério” é proveniente do latim, *manus* significando mão, trazendo em seu bojo a ideia de ministrar, administrar. Em seus primórdios, era o Órgão considerado a mão do rei, passando a designar, ao longo da história os agentes atuantes em prol dos interesses da Coroa em oposição aos advogados privados. Remontando aos tempos em que o Ministério Público se tornou mais presente na homologação dos provimentos legislativos do século XVIII, época das ordenanças e éditos, encontra-se a denominação de origem francesa tão utilizada no contexto jurídico para se referir ao Órgão Ministerial: *parquet*, traduzida por assoalho. O termo é usado “tendo em vista que os *agentes do rei (lesgensduroi)* assentavam-se no assoalho das salas de audiência, para não serem confundidos com a *magistratura de pé (magistraturedebout)*”, esclarece Bulos (2012, p. 643). O *Parquet*, administrativamente, possui estrutura de instituição estatal, mas sob perspectiva funcional, não obstante discussão doutrinária sobre a questão, tem a sua natureza institucional explicada de forma mais suficiente, considerando-se seu deslocamento da “sociedade política, como órgão repressivo do Estado, para a sociedade civil, como legítimo e autêntico defensor da sociedade” (ALMEIDA, 2008, p. 13).

Neste sentido, vale salientar que hodiernamente a Constituição situa o Ministério Público em capítulo especial, “Das Funções Essenciais à Justiça”, fora da estrutura dos demais poderes da República, consagrando sua total autonomia e independência, ampliando-lhe as funções, sempre em defesa da ordem jurídica, dos interesses sociais e individuais indisponíveis e do próprio regime democrático. Desse modo, a sistemática entabulada ao Ministério Público nega o *status* de quarto poder e afasta sua subordinação a qualquer um deles, podendo-se afirmar, sem equívocos, que o Ministério Público na atualidade está erigido em Instituição autônoma, de caráter permanente, essencial à função jurisdicional do Estado. As funções do Ministério Público são aludidas pelo próprio *caput* do artigo 127 da Constituição Federal. *In*

verbis: “Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (BRASIL, 1988).

Ao estabelecer que o Ministério Público é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, o constituinte de 1988 atestou sua indispensabilidade para a manutenção do regime democrático. Essa essencialidade deve ser percebida na forma como o órgão desempenha sua missão constitucional, visando sempre atender de forma segura e adequada àqueles que têm buscado, junto ao Poder Judiciário, a preservação de seus direitos e garantias fundamentais. (BARAZAL, 2013, s.p.) De todo modo, o Estado Democrático tem por fundamentos a soberania, a cidadania e dignidade da pessoa humana, os valores éticos e sociais, vigorando o trabalho, a livre iniciativa e ainda, o pluralismo jurídico. Ao lado disso, o Ministério Público como instituição, no Estado contemporâneo, é consoante o perfil constitucional, única no mundo. Pode-se dizer que as funções do Ministério Público, ainda que mais de natureza administrativa, não se enquadram qualquer das funções tradicionais do Estado, sendo, pois, de natureza *suigeneris* (RITT, 2002).

Cabe ressaltar, todavia, que a regra do artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal de 1988, consagrou o princípio de que, para além do conceito formal de Constituição, há um conceito material, no sentido de existirem direitos que, por seu conteúdo, por sua substância, pertencem ao corpo fundamental da Constituição, mesmo não constando do catálogo (CANOTILHO, 1998, p. 379). Nesse contexto, “importa salientar que o rol do referido art. 5º, apesar de analítico, não tem cunho taxativo”, ao contrário da Constituição portuguesa, por exemplo, que, no âmbito da abertura material do catálogo, limitou-se a mencionar a possibilidade de outros Direitos Fundamentais constantes das leis e regras de direito internacional, pois:

[...] a nossa Constituição foi mais além, uma vez que, ao referir os direitos “decorrentes do regime e dos princípios”, evidentemente consagrou a existência de direitos fundamentais não escritos, que podem ser deduzidos por via de ato interpretativo, com base nos direitos constantes do “catálogo”, bem como no regime e nos princípios fundamentais da nossa Lei Suprema. (SARLET, 2012, p. 98)

A defesa dos interesses sociais é mais uma das funções do Ministério Público consagrada no texto constitucional. Dentro dos denominados interesses sociais *lato sensu*, devemos incluir os direitos coletivos, individuais homogêneos e difusos ou metaindividuais, por serem parcelas do mesmo interesse. Os interesses a zelar podem se referir a toda a coletividade ou a

um número indeterminado de pessoas, mas de parcela determinável da sociedade. Ao primeiro é que se refere o direito social e coletivo. Ao segundo, ligam-se os chamados direitos difusos ou metaindividuais. Assim, a defesa da integridade do meio ambiente, do patrimônio público, histórico, cultural, artístico, arquitetônico, paisagístico, evitando danos coletivos ou metaindividuais, pode se dar por meio da instauração do inquérito civil e posterior deflagração da ação penal pública, que consiste em uma das atribuições precípua do *Parquet* (BARAZAL, 2013, s.p.).

Merece destaque, ainda, a vinculação do poder público aos direitos e garantias fundamentais, ou seja, todos os poderes públicos devem respeitar o âmbito de proteção dos Direitos e Garantias Fundamentais, renunciando, em regra, às ingerências. E, ainda mais, os Direitos e Garantias Fundamentais vinculam o próprio legislador, numa dupla dimensão. No sentido positivo, implica ao legislador um dever de conformação de acordo com os parâmetros fornecidos pelas normas de Direitos Fundamentais e um dever de realização desses; e no sentido negativo (ou proibitivo), a vinculação ao legislador impede que este edite atos legislativos contrários às normas de Direitos Fundamentais, (SARLET, 2012, p. 354) bem como impede o legislador de atuar no sentido de abolir ou tender a abolir normas de Direitos e Garantias.

3 O MINISTÉRIO PÚBLICO COMO CURADOR DO MEIO AMBIENTE: A DEFESA DOS DIREITOS DIFUSOS

O novo perfil Constitucional é o responsável maior por tornar o Órgão hegemônico na defesa dos direitos fundamentais, pois reza o Texto Constitucional de 1988, em seu artigo 127, que a Instituição é defensora da ordem jurídica, do regime democrático de direito e dos interesses sociais. Logo, tanto no campo jurisdicional quanto no extrajudicial, a presença da atuação Ministerial é intensa, e no campo jurisdicional, especificamente, tem se tornado cada vez mais ampla na defesa de interesses e direitos massificados, suplantando a de qualquer outro legitimado ativo para os mesmos fins. Nesse sentido, qualquer interpretação direcionada à Instituição deverá ser à luz do neoconstitucionalismo caso contrário estará sucumbindo não apenas o Ministério Público, mas, principalmente, os institutos pelos quais o MP tem atribuição de zelar (RODRIGUES, 2012, p. 66).

Assim sendo, a Constituição concedeu ao Ministério Público as condições necessárias para melhor realizar suas funções sociais, a saber: seus princípios, garantias e prerrogativas constitucionais. Dessa forma, os membros do MP poderão desempenhar suas atribuições desvinculadas dos demais poderes e comprometidas com uma Constituição pautada numa

carga ética principiológica. Os Princípios que regem o Ministério Público também estão dispostos no artigo 127 da Carta Magna, sendo eles a Unidade, a Indivisibilidade e a Independência Funcional.

Além disso, as funções cometidas ao Ministério Público através da Constituição, seus princípios, suas garantias, seus direitos e deveres, acabam projetando a Instituição, “no cenário nacional, como verdadeiro poder autônomo”, fazendo com que as funções realizadas pela instituição que eram chamadas atípicas desapareçam por completo, dando lugar àquelas decorrentes de sua missão constitucional de “defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (CARNEIRO, 1989, p. 59). Assim, estabeleceu a Magna Carta ser o Ministério Público o guardião da ordem jurídica, do regime democrático e dos direitos fundamentais. Foi dada à Instituição *status* de cláusula pétrea, exatamente por ser ele o guardião dos direitos e garantias fundamentais da Carta Política, responsável direto em fazer a vontade do Poder Constituinte Originário perpetuar-se e fazer materializarem-se os valores fundamentais estabelecidos, enfatiza Rodrigues (2012).

Prosseguindo com o exposto, o Ministério Público em sua atribuição constitucional busca ser resolutivo ao invés de demandista, como assevera Rômulo Andrade Moreira (2016), “não se pode e não se deve resumir e simplificar as atribuições do Ministério Público apenas e tão somente ao Processo Penal e ao seu “papel” de acusador público”. Assume o autor que o *Parquet* é extremamente atuante, zeloso guardião dos direitos humanos, agindo com rigor no combate aos crimes dos grupos de extermínio, delitos contra líderes sindicais ou de movimentos ambientais, defensor das crianças e adolescentes, mulheres, idosos, deficientes e tantos outros ditos vulneráveis.

A Constituição Federal de 1988 alargou significativamente o campo dos direitos e garantias individuais fundamentais, na construção de um Estado Democrático de Direito que se afirma através dos fundamentos e objetivos perseguidos pela nação. No mesmo sentido, Ana Paula de Barcellos (2002) defende que o conteúdo jurídico da dignidade da pessoa humana se relaciona com os chamados direitos fundamentais, isto é, terá respeitada sua dignidade o indivíduo cujos direitos fundamentais forem observados e realizados, ainda que a dignidade não se esgote neles. Quanto ao âmbito de aplicação desta dignidade, acredita-se que deve ser aplicada e garantida ao indivíduo em si mesmo, isto é, pelo simples fato de ser indivíduo e de possuir dignidade inerente à sua condição, independente do estado físico que o ser humano esteja para expressar sua vontade, pois tem o direito de ser tratado com dignidade.

A ampliação de atuação do Ministério Público, tanto na esfera judicial quanto na extrajudicial, é consequência do papel destinado ao *Parquet* no neoconstitucionalismo, que pautou o Direito Constitucional no princípio da dignidade da pessoa humana, enfatizando o fim dos regimes totalitários que, no momento do pós-Segunda Guerra, permaneciam em muitos Estados e eram os responsáveis por violações dos direitos fundamentais. O novo constitucionalismo apregoava e fazia valer Constituições com caráter democrático, com ênfase nos direitos humanos. Para tanto, precisava criar mecanismos que fossem fortes e independentes o suficiente para efetivar os valores constitucionais emergentes e proteger os direitos fundamentais de forma individual e coletiva. Rodrigues (2012) aponta o Ministério Público como um destes mecanismos, ferramenta que se tornou essencial na implantação e garantia do Estado Democrático de Direito.

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado tem por fim a proteção à vida, constituindo direito de terceira geração com alto teor de solidariedade e humanismo. Tais direitos, consoante pontua Bonavides (2009, p.569), compreendem o direito ao desenvolvimento, o direito à paz, ao meio ambiente, propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação. São todos dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade. Assim, a tutela ambiental, como direito fundamental, tem por finalidade a proteção à vida e à sadia qualidade de vida e à saúde, direitos indissociáveis do princípio da dignidade humana.

Portanto, a maior tomada de consciência ambiental, dos movimentos ambientalistas, do surgimento de associações, o desenvolvimento de políticas públicas e da plataforma governamental, tem demonstrado a necessidade urgente de proteção dos recursos ambientais e do equilíbrio ecológico, indispensável à manutenção da qualidade de vida para as presentes e futuras gerações.

[...] as ações civis públicas, conduzidas pelo Ministério Público, objetivando a preservação do meio ambiente e a reparação dos danos a ele causados, constituem o maior avanço em matéria de proteção da qualidade ambiental e da saúde da população, observado em nosso país nos últimos anos (DIPP, 2000, p. 3).

O Ministério Público, ou qualquer outro legitimado que consta no rol do artigo 5º da Lei de Ação Civil Pública, assumirá a titularidade ativa em caso de desistência infundada ou abandono da ação por associação legitimada. Assim, a participação do Ministério Público é essencial na tutela do meio ambiente, ora como parte, ora como *custos legis*.

Desta maneira, o papel do Ministério Público na defesa do meio ambiente e de outros novos direitos ocorre por imposição da ordem constitucional. Com relação à defesa do meio ambiente, a Constituição Federal de 1988 veio consagrar o que já constava na Lei nº 6.938/81, que trata sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, em cujo texto legal o legislador inseriu a responsabilidade do poluidor, independentemente da exigência de culpa, e a atribuição, ao Ministério Público, da faculdade de propor ação de responsabilidade civil e criminal com a finalidade de reparar ou evitar danos ambientais. Com suporte nas profundas transformações ocorridas nas últimas décadas, de cunho social, econômico, ambiental e político na sociedade brasileira, emergiu a necessidade da criação de um processo civil de massa, que possibilitasse a solução dos novos problemas do desenvolvimento, do progresso, da explosão demográfica, das grandes concentrações urbanas, dos parques industriais e de produção e consumo em massa.

Na leitura de Silva (2011, p.31), as instituições judiciárias e os instrumentos jurídicos são “[...] informados por uma concepção liberal-individualista de direito, não estariam conseguindo absorver as demandas por Justiça, nem tampouco lidar com os novos tipos de conflitos que chegavam aos tribunais”. Consoante esclarece Pinzetta (2003, p. 6), se a Constituição atribui ao poder público e a cada membro da coletividade o dever de defender e preservar o meio ambiente, “mais ainda requer o compromisso do Promotor de Justiça, já que a mesma Constituição estabelece ser função institucional do Ministério Público a proteção promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção ambiental”.

Na proteção dos direitos supracitados, o Órgão Ministerial é legítimo na proposição de ação civil pública, nos termos dos arts. 127 e 129, III, da Constituição Federal, em defesa de interesses coletivos. Tal âmbito de atuação ganhou ampliação, pois já estava presente, na esfera Civil, por força da Lei da Ação Civil Pública – Lei nº 7.347/85. Silva comenta que ao “instituir o inquérito civil e a ação civil pública, concedendo a titularidade de ambos ao Ministério Público, a LACP tornou-se o marco para uma nova forma de atuação institucional” (SILVA, 2012, p. 160), tornando o órgão agente transformador da realidade social. Os membros do *Parquet*, munidos de poder suficiente, puderam então se utilizar de diversas ferramentas para suprimir lesões aos direitos fundamentais, investigar, realizar termos de ajustamento de condutas. Assim, neste âmbito, a ação civil pública, conforme Milaré (2013, p. 1420), insere-se [...] nesse quadro de grande democratização do processo e num contexto daquilo que, modernamente, vem sendo chamado de “teoria da implementação”, atingindo, no direito brasileiro, características peculiares e inovadoras.

Ao explicar sobre a natureza da Ação Civil Pública, Milaré (2013, p.1425) expressa que ela não é pública porque o Ministério Público pode promovê-la a par de outros legitimados, mas sim porque seu objeto abrange um largo espectro de interesses e valores de intangível relevância social, permitindo o acesso à Justiça de certos conflitos metaindividuais que, de outra forma, remanesceriam num certo “limbo jurídico”. Assim, a Lei nº 7.347/85 trouxe duas mudanças importantes - a desvinculação da ação civil pública como instrumento processual de titularidade do Ministério Público e a ideia da ação civil pública como ação coletiva.

Desta feita, a mencionada lei tutela interesses ou direitos que na visão de Milaré (2013, p.1425) são [...] interesses ou direitos materialmente coletivos (ou essencialmente coletivos), compreensivos dos difusos e dos coletivos *stricto sensu*, e de outros direitos que são formalmente coletivos ou (acidentalmente coletivos), os chamados individuais homogêneos. Neste sentido, corroborando com este pensamento, o professor Paulo Affonso Leme Machado (2013, p. 162) diz que o meio ambiente passou a ter no delineamento constitucional do Ministério Público um robusto suporte, confirmando a legislação infraconstitucional anterior.

Com efeito, a defesa dos conflitos que envolvem interesses supraindividuais e metaindividuais (difusos, coletivos e individuais homogêneos), por meio da ação civil pública significou importante avanço na tutela desses direitos e um relevante mecanismo de participação da sociedade nas diferentes demandas do processo coletivo. Ressalta-se que havia grande dificuldade de resolução de conflitos coletivos em função de o Código de Processo Civil privilegiar o sistema liberal individualista. O termo de ajustamento de conduta em matéria ambiental constitui um importante ato jurídico, por meio do qual a pessoa física ou jurídica assume o compromisso de eliminar o dano que causou a um bem difuso ou coletivo. Assim, o compromisso de ajustamento de conduta, no entendimento apresentado por Freitas (2005, p. 88), visa à recuperação do meio ambiente degradado, por meio de obrigações e condicionantes técnicas que deverão ser cumpridas pelo agente que praticou o dano.

Diante de tal cenário, firmou-se na opinião pública a imagem do promotor de Justiça Curador do Meio Ambiente como interlocutor válido e agente eficaz na defesa do meio ambiente, desfazendo-se ao mesmo tempo a antiga ideia de impunidade para o que degrada o patrimônio natural. Assiste-se assim à recuperação pelo direito ambiental de sua própria imperatividade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A proteção ao meio ambiente ganhou amplitude mundial, sobretudo a partir da Conferência de Estocolmo de 1972, e passou a ser reconhecida a partir do momento em que a degradação ambiental atingiu índices alarmantes e tomou-se consciência de que a preservação de um ambiente sadio está intimamente ligada à preservação da própria espécie humana. Avaliar o meio ambiente de forma que seja encarado como direito fundamental do ser humano é um etapa importante para que lhe seja franqueada uma proteção especial pelo ordenamento jurídico. Além disso, é importante que se tenha a consciência de que o direito à vida como matriz de todos os demais direitos fundamentais é que deverá orientar todas as formas de atuação no campo da tutela do meio ambiente.

Seguindo neste caminho, a atuação do Ministério Público na tutela do meio ambiente progrediu ao longo dos anos, na medida em que o ordenamento jurídico foi lhe atribuindo a função de proteção ambiental, dotando-o de instrumentos para o exercício efetivo da função. Com efeito, o Ministério Público, hodiernamente, possui todo o aparato para uma atuação efetiva em prol da proteção ambiental, tanto na esfera cível quanto penal, possuindo os Promotores de Justiça a missão de promover e defender os valores ambientais que garantam um meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações, de modo a contribuir para o processo de transformação social. A destinação constitucional do Ministério Público, pois, é a guarda dos Direitos Fundamentais e a busca incansável da implementação efetiva dos direitos mais importantes do povo brasileiro, já que recebeu da Constituição Federal de 1988 a posição de Garantia Institucional Constitucional. Para tanto, o Ministério Público deve ser efetivamente um agente de transformação social.

Em suma, no Brasil, nota-se que o Ministério Público também passou por grandes transformações inicialmente, conforme exposto nos aspectos históricos em que o Ministério Público exercia o seu *munus* em função do que determinava a Coroa de Portugal, desempenhando e realizando os atos designados por esta. Com a Constituição Federal de 1988, o Ministério Público assumiu funções estabelecidas na ordem constitucional, passando a ser o verdadeiro guardião da sociedade, exercendo hodiernamente o *munus* público em defesa da “ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais, difusos, coletivos e individuais indisponíveis”, conforme determina o artigo 127 da Constituição Federal de 1988. O Ministério Público possui funcionamento independente de qualquer dos Poderes - Executivo, Legislativo e Judiciário - fato importante que contribui na garantia da livre

atuação e desempenho do Ministério Público, pois, na realidade, sua atuação vai muito além de guardião da lei, abrangendo a promoção da cidadania, da Justiça, da moralidade e da democracia.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **O Ministério Público no neoconstitucionalismo**: perfil constitucional e alguns fatores de ampliação de sua legitimação social. Disponível em: <<http://www.unifafibe.com.br/revistasonline/arquivos/revistajuridicafafibe/sumario/5/14042010170607.pdf>> Acesso em 14 jul. 2018.

BARAZAL, Marcelo. O novo perfil constitucional do ministério público e suas investigações.

In: **Jus Brasil**: portal eletrônico de informações, jul. 2013. Disponível em: <https://marcelobarazal2.jusbrasil.com.br/artigos/121943451/o-novo-perfil-constitucional-do-ministerio-publico-e-suas-investigacoes?ref=topic_feed>. Acesso em: 16 jul. 2018.

BARROS, Roberto Coutinho; RANGEL, Tauã Lima Verdan. O Ministério Público como curador dos direitos difusos: uma análise à luz do texto constitucional. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, a. 20, n. 156, jan. 2017. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18391&revista_caderno=9>. Acesso em jul. 2018.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 24. ed. São Paulo. Malheiros, 2009.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 08 mai. 2017.

_____. **Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 10 mai. 2017.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 10 mai. 2017.

BULOS, UadiLammêgo. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.

CARNEIRO, P. C. P. **O Ministério Público no Processo Civil e Penal: Promotor Natural: atribuição e conflito**. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

DIPP, Gilson. O meio ambiente na visão do STJ. *In: Revista de Direito Agrário*. Brasília, DF, ano 16, n. 14, p. 18-23, 2000.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 13 ed., rev., atual. eampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

FREITAS, Gilberto Passos de. **Ilícito Penal Ambiental e reparação do dano**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

MACHADO, Paulo Affonso de Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 21 ed., rev., atual. eampl., de acordo com as Leis 12.651, de 25.5.2012 e 12.727, de 17.10.2012 e com o Decreto 7.380, de 17.10.2012. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

MILARÉ, Édís. **Direito do Ambiente**. 8 ed., rev., atual. eampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda., 2013.

MOREIRA, Rômulo Andrade. O Ministério Público e os Direitos Humanos. *In: Jornal Jurid*, Bauru, 06 dez. 2016. Disponível em <<http://www.jornaljurid.com.br/doutrina/constitucional/o-ministerio-publico-e-os-direitos-humanos>> Acesso em 12 jul. 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração da Conferência Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano (1972)**. Disponível em: <http://www.apambiente.pt/_zdata/Políticas/DesenvolvimentoSustentavel/1972_Declaracao_Estocolmo.pdf>. Acesso em 11 jul. 2018.

PINZETTA, O. **Manual básico do promotor de justiça do meio ambiente: atividade extrajudicial**. Porto Alegre: Procuradoria-Geral de Justiça, 2003.

RAMOS, Rafael Luis, O Ministério Público na Constituição de 1988. *In: Revista Jus Navegandi*, Teresina, 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/50238/o-ministerio-publico-na-constituicao-de-1988>>. Acesso em: 17 jul. 2018.

RANGEL, Tauã Lima Verdan. Princípios do Direito Ambiental: A progressiva construção de um direito difuso. *In: Âmbito Jurídico*, Rio Grande, a. 15, n. 99, abr. 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_

link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11357>. Acesso em: 16jul. 2018.

RITT, Eduardo. **O Ministério Público como instrumento de democracia e garantia constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002

RODRIGUES, Raquel Ediane. O Ministério Público como Cláusula Pétrea – análise à luz da proposta de emenda constitucional 75 de 2011. In: **Revista do Ministério Público Distrito Federal e Territórios**. Brasília, 2012. Disponível em <www.mpdft.mp.br/revistas/index.php/revistas/article/download/144/170>. Acesso em 18 jul. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11 ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SILVA, José Afonso. **Direito Ambiental Constitucional**. 9 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA NAS AÇÕES DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE

RELAXATION OF THE THING JUDGED IN PATERNITY INVESTIGATION ACTIONS

Kamylla Cristiane da Silva¹

RESUMO: Este estudo procura demonstrar por meio do método dialético que o instituto da coisa julgada, apesar de previsto expressamente na Constituição da República Federativa do Brasil, não pode prevalecer sempre, como pode parecer pela leitura de diversas manifestações doutrinárias feitas por José Carlos Barbosa Moreira, Ovídio Baptista, Luiz Guilherme Marinoni e Fredie Didier, pois não é absoluto, como não o é nenhum direito. Assim, mesmo quando já ultrapassado o prazo para o ajuizamento de uma ação rescisória, cabe questionar judicialmente a validade de uma decisão definitiva em contrariedade a outros direitos. Dessa forma, buscou-se analisar a colisão dos direitos fundamentais.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais. DNA. Coisa Julgada. Investigação de Paternidade.

1 Bacharel em Direito, formada pela Universidade Federal de Rondônia, UNIR. E-mail: 52817@mp.ro.br, Telefone 9-84485922

ABSTRACT: This study seeks to demonstrate by means of the dialectical method that the institute of res judicata, although expressly provided for in the Constitution of the Federative Republic of Brazil, can not always prevail, as it may seem by reading several doctrinal statements made by José Carlos Barbosa Moreira, Ovid Baptista, LuizGuilhermeMarinoni and Fredie Didier, because it is not absolute, as it is no right. Thus, even when the deadline for filing a termination action has passed, the validity of a final decision in opposition to other rights must be judicially challenged. In this way, an attempt was made to analyze the collision of fundamental rights.

Key words: Fundamental Rights. DNA. Res judicata. Paternity.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 inaugurou uma nova estrutura jurídica no Brasil em reflexo aos anseios e expectativas das camadas mais diversas da população, voltada especialmente para o respeito aos direitos fundamentais, sendo exemplos destes a coisa julgada, segurança jurídica, devido processo legal e o direito fundamental à identidade, em um ambiente plural e democrático. A Constituição amalgamou valores do Estado Liberal e do Estado Social, buscando, com isso, criar mecanismos capazes realizar um ideal de sociedade plural, justa e igualitária.

Nesse contexto, os direitos fundamentais garantem a autonomia moral dos seres humanos e fixam limites para os diversos poderes existentes no meio social, estabelecendo vedações à atuação deles, inclusive para o Estado.

Esses direitos fundamentais, tais como coisa julgada, segurança jurídica, devido processo legal e o direito fundamental à identidade, por vezes podem entrar em confronto.

É inegável que há (havia) muito de ideal utópico nesta Constituição. Tendo sido fruto de uma Assembleia Constituinte bastante heterogênea, o texto constitucional positivou valores, atribuiu direitos, mas com a evolução tecnológica e descoberta do exame de genético (DNA) o campo do direito de família vislumbrou a necessidade de se discutir o dogma da coisa julgada.

Mais do que nunca, é preciso analisar a intangibilidade da coisa julgada, pois, apesar da *res judicata* ser um instituto garantido constitucionalmente que visa à garantia da segurança jurídica, tem-se questionado se é possível relativizar a coisa julgada.

Diante desse dilema, será objeto central desta pesquisa elucidar a possibilidade de se relativizar a coisa julgada nas Ações de Investigação de Paternidade, uma vez que com o avanço da ciência já é factível atualmente afirmar-se com ínfima margem de erro a verdade acerca da filiação.

Anteriormente à existência do referido exame, as decisões judiciais sob a paternidade eram exaradas baseando-se exclusivamente em provas fáticas acerca do relacionamento da mãe do investigante com o suposto pai, e, dessa maneira, estavam sujeitas a graves falhas, uma vez que o magistrado poderia declarar ser pai uma pessoa que não o era na verdade, e impossibilitar o real filho de seu direito ao reconhecimento.

Assim sendo, o presente artigo será dividido em quatro capítulos. No primeiro capítulo será esclarecido o que é o direito fundamental. O segundo capítulo tratará dos direitos fundamentais que servem de argumentos quando o assunto é a relativização da coisa julgada, quais sejam a segurança jurídica, devido processo legal e a coisa julgada. O terceiro capítulo, por sua vez, abordará o tema relativização da coisa julgada e divergências doutrinárias no âmbito jurídico. Por fim, o quarto e último capítulo apontará o entendimento exarado pelo Supremo Tribunal Federal acerca da relativização da coisa julgada nas ações de investigação de paternidade.

O presente estudo busca investigar precisamente esse fenômeno, a partir de uma concepção analítica dos direitos fundamentais, comprometida em avaliar a colisão dos direitos fundamentais que envolvem a temática, baseando-se no método dialético, com a finalidade de apresentar a contraposição e contradição de ideias, para se chegar à conclusão.

Dessa forma, a escolha do tema se deu por sua inegável importância para os operadores do direito, para os jurisdicionados e para a sociedade, uma vez que apesar da coisa julgada ser um instituto consolidado, erigido à categoria de direito fundamental pela Constituição Federal de 1988, casos há em que se demonstra a necessidade de sua desconstituição na busca da decisão mais justa e consentânea tanto com a verdade real quanto com a própria Carta Magna.

1. DIREITO FUNDAMENTAL

Nas sociedades democráticas contemporâneas, a Constituição pode ser analisada como um acordo compartilhado entre as diferentes forças e blocos sociais, quanto ao sistema de bens e valores considerado essencial para cimentar a convivência da comunidade (HABERMAS, J. 1997, p. 131).

Assim, no Brasil, por exemplo, quando começou a ser formulado o texto constitucional da Carta Magna de 1988, o povo, devidamente representado pelo Congresso Constituinte, começou a decidir sobre o modo de vida que desejava assumir e sobre as tradições que pretendia continuar ou romper (HABERMAS, J. 1997, p. 131-3).

Segundo Oliveira (2012, p. 20) foi nesse palco que começou a ser dada atenção aos chamados “direitos protetivos do homem”², os quais nasceram

²Terminologia utilizada pelo Doutrinador Erival da Silva Oliveira-Mestre em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Especialista em Direito Processual pela Universidade Paulista Unip. Professor e Coordenador do Complexo Educacional Damásio de Jesus no Curso Preparatório para o Exame da OAB. Professor de Direitos Humanos. Professor do Programa Prova Final veiculado

para garantir a autonomia moral dos seres humanos e para efetivar sua participação política. Ou seja, os direitos protetivos, também denominados como direitos fundamentais, fixam limites para os diversos poderes existentes no meio social, estabelecendo vedações à atuação deles, inclusive para o Estado.

Ademais, não se trata meramente de vedações, os direitos fundamentais indicam iniciativas e ações a serem desenvolvidas pela entidade estatal e pelos grupos e forças sociais, com a finalidade de criar um ambiente propício à fruição dos bens neles atribuídos e para atender às necessidades essenciais das pessoas. Contudo, conforme aponta Bobbio (1992. p. 06), “[...] os direitos não nascem todos de uma vez. Nascem quando devem ou podem nascer. Nascem quando o aumento do poder do homem sobre o homem – [...] – ou cria novas ameaças à liberdade do indivíduo, ou permite novos remédios para as suas indigências.”

Feitas essas considerações iniciais, e para discutir melhor o tema, é preciso analisar os seguintes elementos: segurança jurídica, devido processo legal e a coisa julgada, uma vez que se trata de direitos fundamentais que servem de argumentos quando o assunto é a relativização da coisa julgada.

2. SEGURANÇA JURÍDICA, DEVIDO PROCESSO LEGAL E COISA JULGADA

O princípio da segurança jurídica está intimamente ligado à confiança que o cidadão possui em um ordenamento jurídico. Assim, é por meio da segurança jurídica que será mantida a estabilidade dos direitos subjetivos diante da sucessão de leis no tempo.

A respeito do assunto, concluiu Silva (2002, p. 431):

A segurança jurídica consiste no conjunto de condições que tornam possível às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das consequências diretas de seus atos e de seus fatos à luz da liberdade reconhecida. Uma importante condição da segurança jurídica está na relativa certeza de que os indivíduos têm de que as relações realizadas sob o império de uma norma devem perdurar ainda quando tal norma seja substituída.

Assim sendo, a segurança jurídica é um princípio que decorre do Estado Democrático de Direito, estando umbilicalmente relacionada à ideia de legalidade, bem como com a confiança e boa-fé nas decisões judiciais.

Sarlet (2007, p. 211) em seu artigo “A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro”, afirma:

Mesmo que se saiba, pelo menos desde Heráclito, “que a imutabilidade não é um atributo das coisas deste mundo, que nada está em repouso e tudo flui” e que também para o Direito tal destino se revela inexorável, igualmente é certo de que o clamor das pessoas por segurança (aqui ainda compreendida num sentido amplo) e – no que diz com as mudanças experimentadas pelo fenômeno jurídico – por uma certa estabilidade das relações jurídicas, constitui um valor fundamental de todo e qualquer Estado que tenha a pretensão de merecer o título de Estado de Direito, de tal sorte que, pelo menos desde a Declaração dos Direitos Humanos de 1948 o direito (humano e fundamental) à segurança passou a constar nos principais documentos internacionais e em expressivo número de Constituições modernas, inclusive na nossa Constituição Federal de 1988, onde um direito geral à segurança e algumas manifestações específicas de um direito à segurança jurídica foram expressamente previstas no artigo 5º, assim como em outros dispositivos da nossa Lei Fundamental.

Vale acrescentar que a Constituição Federal de 1988, após mencionar a segurança como valor fundamental no seu Preâmbulo, incluiu a segurança jurídica no seletivo elenco dos direitos “invioláveis” arrolados no *caput* do artigo 5º, ao lado dos direitos à vida, liberdade, igualdade e propriedade. Independentemente do Constituinte não ter se referido expressamente a um direito à segurança jurídica, esse (em algumas de suas manifestações mais relevantes) acabou sendo contemplado em diversos dispositivos da Constituição, a começar pelo princípio da legalidade e do correspondente direito de não ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (artigo 5º, inciso II), passando pela proteção do direito adquirido, da coisa julgada e do ato jurídico perfeito (artigo 5º, inciso XXXVI), bem como pelo princípio da legalidade e anterioridade em matéria penal (de acordo com o artigo 5º, inciso XXXIX, não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal) e da irretroatividade da lei penal desfavorável (artigo 5º, inciso XL), até chegar às demais garantias processuais (penais e civis), como é o caso da individualização e limitação das penas (artigo 5º, incisos XLV a XLVIII), das restrições à extradição (artigo 5º, incisos LI e LII) e das garantias do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (artigo 5º, incisos LIV e LV), apenas para referir a algumas das mais relevantes, limitando-nos aqui aos exemplos obtidos do artigo 5º, que, em sentido amplo, guardam conexão com a noção de segurança jurídica (SARLET, 2007, p. 289).

Percebe-se que a segurança jurídica, com o passar do tempo assumiu um lugar de destaque na atual ordem jurídico-constitucional, pois está ao lado da segurança social (igualmente consagrada de modo expreso no

âmbito da ordem social e ligada diretamente aos direitos fundamentais à saúde, assistência e previdência social). Nesse contexto, a chamada segurança jurídica integra, na condição de subprincípio, os elementos nucleares da noção de Estado de Direito plasmada na Carta Magna de 1988, da qual é indissociável, trazendo consigo a ideia da proteção da confiança e a da proibição de retrocesso (SARLET, 2007, p. 283).

Todavia, a segurança jurídica não poderá se resumir na simples ideia de certeza pela existência de um conjunto de leis, que dispõem sobre o que é permitido ou proibido.

Dessa maneira, para que a segurança jurídica se concretize no mundo do Direito, alguns princípios deverão ser respeitados, sendo esses de três gêneros: os relativos à organização do Estado; relativos ao Direito, enquanto conjunto de normas; relativos à aplicação do Direito.

Da mesma forma, o devido processo legal é uma dupla proteção ao indivíduo, atuando tanto no âmbito material de proteção ao direito de liberdade quanto no âmbito formal, ao assegurar-lhe paridade total de condições com o Estado-persecutor e plenitude de defesa (direito a defesa técnica, publicidade do processo, citação, produção ampla de provas, ser processado e julgado por juiz competente, recursos, decisão imutável, revisão criminal) (MORAES, 2005, p. 92).

Outrossim, o processo jamais pode tangenciar a dignidade da pessoa humana, e deve ser interpretado sempre de forma a privilegiá-la. Logo, o devido processo legal é uma garantia de liberdade, é um direito fundamental do homem consagrado na Declaração Universal dos Direitos Humanos: Art.8º “Todo o homem tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei”.

Já o instituto do “caso julgado” ficou previsto na Constituição Federal, no seu artigo 5º, XXXVI, e disciplinado também no Código Processual Civil em seus artigos 502 e seguintes.

Referido instituto, também denominado como *res judicata*, é uma garantia constitucional que confere às decisões judiciais segurança jurídica e procura mitigar conflitos tendentes a rediscutir matéria já decidida. Apesar de procurar mitigar o conflito, a *res judicata* não será capaz de extingui-lo. Apenas evitará que a parte rediscuta a matéria já alegada judicialmente.

Ainda, nesse contexto, a coisa julgada tem a finalidade eminentemente prática de colocar fim a um litígio e estabilizar relações jurídicas. Porém, a

melhor expressão acerca da finalidade talvez seja: colocar fim à pretensão da parte de ter seu pedido julgado mais de uma vez, pelo Poder Judiciário, com a apreciação de seu mérito. Logo, não é à pretensão resistida da parte que a coisa julgada coloca termo e, sim, à possibilidade de a parte obter, do Poder Judiciário, nova apreciação em relação ao feito já sentenciado (ALBUQUERQUE, 2010, p. 58-9).

Dessa forma, a coisa julgada possui como característica jurídica a imutabilidade da decisão jurisdicional e sua finalidade social visa garantir a segurança jurídica e a pacificação das relações controvertidas (ALBUQUERQUE, 2010, p. 52).

Observando a Constituição Brasileira de 1988, Talamini (2005, p. 51-2) assevera que: O instituto da coisa julgada não pode ser removido da Carta Magna, nem mesmo por emenda constitucional, tampouco pelo legislador infraconstitucional, tamanha a sua proteção no ordenamento jurídico.

Analisando os argumentos exposto pelo doutrinador Talamini, verifica-se que o texto constitucional visa à proteção e à garantia de uma segurança jurídica quanto às normas no tempo, evitando a eternização de decisões judiciais e garantindo a estabilidade das decisões emanadas pelo Poder Judiciário.

A coisa julgada, como visto, traz sérias consequências às relações jurídicas e às pessoas que por elas são atingidas, uma vez que a definitividade da decisão não poderá mais ser abalada, ainda que esta decisão esteja viciada.

Porém, existe uma espécie de ação que permite até o rejugamento da decisão, invalidando a coisa julgada: é a ação rescisória, cabível em situações excepcionais, expressamente elencadas nos oito incisos do artigo 966 do Código de Processo Civil.

Tal ação visa não à revisão da matéria discutida na lide, mas a correções de erros judiciários, o que pede a desconstituição da sentença transitada em julgado para um novo julgamento.

Com o tempo, tanto a doutrina quanto a jurisprudência começaram a enxergar que nem todos os direitos estariam sob o manto do prazo da ação rescisória, ou seja, após o prazo decadencial dos 2 anos, não haveria possibilidades de afastar a *autoritas rei iudicatae*.

Aspecto que igualmente merece destaque diz respeito à justificativa da incidência do prazo decadencial sobre as ações rescisórias. Aliás, pode ser facilmente explicado quando se vê que o maior fundamento da existência do

próprio direito é a garantia de pacificação social. É preciso ter em mente que o ordenamento jurídico deve buscar prever, na medida do possível, a disciplina das relações sociais, para que todos saibam - ou tenham a expectativa de saber- como devem se portar para o atendimento das finalidades - negociais ou não - que pretendam atingir (GAGLIANO, 2012. p. 496).

Por isso, não é razoável, para a preservação do sentido de estabilidade social e segurança jurídica, que sejam estabelecidas relações jurídicas perpétuas, que podem obrigar, sem limitação temporal, outros sujeitos, à mercê do titular (GAGLIANO, 2012. p. 496).

3. RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA E DIVERGÊNCIAS DOUTRINÁRIAS

Pelo rigor do sistema processual que disciplina demandas individuais, o trânsito em julgado de um processo impede a propositura de uma nova demanda para rediscutir a relação jurídica nele definida, pouco importando se o resultado alcançado na primeira demanda tenha decorrido ou não de insuficiência probatória.

Isso se deve ao fato de que existe uma inegável necessidade social, reconhecida pelo Estado, de evitar a perpetuação dos litígios, em prol da segurança que os negócios jurídicos reclamam da ordem jurídica (THEODORO, 1996, p. 527).

Conforme exposto no decorrer dos capítulos anteriores, verifica-se que a coisa julgada constrói uma resposta definitiva e imutável sobre a pretensão da parte de ter seu pedido julgado mais de uma vez, pelo Poder Judiciário, conferindo-lhe uma solução jurídica estável, disseminadora do sentimento de segurança jurídica indispensável, via de regra, para a pacificação social.

Contudo, com o advento do Exame de DNA (Ácido *Desoxirribonucléico*), a tese da relativização da coisa julgada nas ações de investigação de paternidade, começou a ganhar força, principalmente em função dos casos em que as sentenças eram contrárias à realidade dos fatos. Antes do advento do Exame de DNA já havia a prolação de sentenças e Ações de Investigação de Paternidade, de modo que o juiz baseava seu julgamento nas provas trazidas aos autos, mormente nas provas consoantes à relação que teve o pai investigado com a mãe do investigando a época de sua concepção. Mas sendo esse um método falho, está sujeito a erro por parte do magistrado no tocante à declaração de paternidade de alguém que não é realmente o pai

biológico, ou na declaração de que o investigando não poderia ser considerado filho em razão da falta de provas (VENOSA, 2007, v.6, p. 210-211-212).

Importante destacar que as provas nas ações de investigação de paternidade antes do exame de DNA sempre foram de difícil acesso, pois o fato gerador do direito é unicamente a existência de uma relação sexual entre os genitores do investigante-interessado (DIAS, 2011, p. 380). Ocorre que esse tipo de relacionamento muitas vezes acontece de forma reservada, dificultando assim a formação probatória dos autos. Conforme explica Dias (2011, p. 381):

Por tais peculiaridades, nessa espécie de demanda, é necessário equacionar a distribuição dos encargos probatórios feita pelo art. 333 do CPC. Não se pode impor ao autor que faça prova do fato constitutivo de seu direito (inciso I), relegando-se ao demandado a também impossível demonstração de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito alegado na inicial (inciso II). Se é difícil provar a ocorrência da relação sexual, é quase impossível evidenciar que ela não existiu. Assim, a prova testemunhal sempre foi usada para apontar ocasiões e identificar situações em que o par foi visto em atitudes que insinuassem a existência de um vínculo afetivo, para concluir-se sobre a possibilidade de ocorrência de um contato sexual. A tese defensiva, de outro lado, muitas vezes centrava-se na arguição da *exceptio plurium concubentium*, pela qual o demandado, apesar de reconhecer a manutenção de relacionamento íntimo com a mãe do investigante, buscava evidenciar a concomitância de contatos sexuais com outros parceiros, linha argumentativa que sempre restava por denegrir a figura materna, como a apenar o livre exercício da sexualidade.

Portanto, quase nada mais havia, além da prova testemunhal, ou seja, a conhecida prova pericial identificava exclusivamente os grupos sanguíneos, sendo de pouca valia para o reconhecimento da filiação. Assim, entre os vários meios de provas destacavam-se a documental, a testemunhal e a pericial, contudo, percebe-se que salvo a prova pericial, as demais provas não geram a verdade absoluta, criando apenas indícios e presunções do liame biológico (Dias, 2011, p. 381).

Dessa maneira, as Ações de Investigação de Paternidade se baseavam em provas acerca do envolvimento dos pais do investigante quando de sua concepção, e, por diversas vezes, o magistrado proferia sua decisão no processo, porém, anos mais tarde, com a realização do exame de DNA, se descobria que na verdade aquele que foi apontado como pai não o é, e que esse tinha sido obrigado a arcar com as responsabilidades de um filho que na verdade não era seu, ou que o investigando era o filho biológico do investigado ao contrário do que fora prolatado na sentença.

Com efeito, diante da problemática da inadequação do uso da *res judicata*, começou a emergir perante a doutrina e jurisprudência as teses

da “relativização” da coisa julgada. Vale acrescentar que até hoje as teses que envolvem os temas da relativização da coisa julgada ou coisa julgada inconstitucional são percussores de questionamento e críticas.

Nesse passo, juristas do porte de Theodoro Júnior e Faria (2008), Dinamarco (2001), Câmara (2004) entendem ser inconcebível a intangibilidade da coisa julgada, em descumprimento da Constituição Federal.

A tese da relativização da coisa julgada ganha corpo, captando a simpatia dos juristas europeus e brasileiros, a partir da percepção de que não se pode acolher um entendimento que não seja consentâneo com a realidade dos fatos. Daí, ser intolerável que a decisão jurisdicional, de carga lesiva, não possa ser revertida, mesmo em situação extraordinária, a pretexto de seu caráter de absolutividade (NASCIMENTO, *apud* DELGADO, 2006 p.110). E não é só isso. Mostra-se que o direito ao provimento jurisdicional também é um direito tão fundamental quanto a coisa julgada. Assim, quando alguém busca o Estado-Juiz para que componha a lide ou atue a vontade concreta da lei, espera-se que haja um provimento jurisdicional sobre a questão.

Agora passaremos a analisar os argumentos favoráveis à relativização da coisa julgada na acepção de Delgado (2001, p. 9-36). Em seu artigo intitulado Pontos polêmicos das ações de indenização de áreas naturais protegidas - Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais, o doutrinador adverte que:

A ciência do direito é essencialmente normativa. Há, portanto, de ser vinculada à realidade do mundo que recebe a sua aplicação e ao estado das coisas. Logo a sua concretização não pode ser feita de modo que sejam transformados fatos não verdadeiros em reais, provocando, assim, choque com o racional e com a organização natural e material dos casos vivenciados pelo ser humano e pela sociedade.

E mais, Delgado (2001, p. 28) sintetiza suas conclusões sobre as sentenças transitadas em julgado, porém, injustas, contrárias à moralidade, à realidade dos fatos e à Constituição, com as seguintes palavras:

Não posso conceber o reconhecimento de força absoluta da coisa julgada quando ela atenta contra a moralidade, contra a legalidade, contra os princípios maiores da Constituição Federal e contra a realidade imposta pela natureza. Não posso aceitar, em sã consciência, que, em nome da segurança jurídica, a sentença viole a Constituição Federal, seja veículo de injustiça, desmoroque ilegalmente patrimônios, obrigue o Estado a pagar indenizações indevidas, finalmente, que desconheça que o branco é branco e que a vida não pode ser considerada morte, nem vice-versa.

Na mesma linha, os processualistas Theodoro Júnior, juntamente com Faria, (2008, p. 161-199) em artigo conjunto, chamado Reflexões sobre o

princípio da intangibilidade da coisa julgada e sua relativização exararam sua opinião a respeito da matéria:

Negar simplesmente a relativização da intangibilidade da coisa julgada inconstitucional seria negar a própria Supremacia da Constituição e admitir a existência de um poder sem limitação. Enfim, não se trata - é bom advertir de enfraquecer o instituto da coisa julgada, mas de evitar uma visão sectária que insiste em mantê-lo num pedestal sacro intocável, maior do que a ordem constitucional lhe concede. Na verdade, o problema é dos limites da própria figura da coisa julgada. Assim como há casos tradicionais em que o esgotamento das possibilidades recursais não impede a renovação do pleito sobre a mesma lide (lembre-se da ação civil depois da ação penal improcedente por insuficiência de prova, da nova ação popular depois que a primeira malogrou por faltas de provas, das ações civis públicas, nas mesmas circunstâncias, da ação ordinária após o mandado segurança denegado por não comprovação de direito líquido e certo, de sentença passada em julgado sem citação do revel, etc.), também a sentença que agride a Constituição não merece adquirir a plena autoridade da coisa julgada em seu feito material. Transitada em julgado, segundo a lei processual, porque já não há mais possibilidades de impugná-la pelas vias recursais. Não se reveste, entretanto, da intangibilidade própria das sentenças não mais atacáveis por meio dos recursos ordinários ou extraordinários. O caso é de nulidade *ipso iure*, que nem a *res iudicata* pode superar.

Por sua vez, Dinamarco (2001, p. 56-72) afirma que a tese da relativização da coisa julgada não pode ser usada apenas em favor do Estado, pois entende ser “indispensável o estabelecimento de uma linha de equilíbrio que favoreça o Estado quando for ele o lesado por decisões absurdas, mas que também favoreça quem quer que se encontre em situação assim.

E, finaliza, apontando que: “a linha proposta não vai ao ponto insensato de minar imprudentemente a *auctoritas rei iudicatae* ou transgredir sistematicamente o que a seu respeito assegura a Constituição Federal e dispõe a lei”, mas apenas conferir “um trato extraordinário destinado a situações extraordinárias com o objetivo de afastar absurdos, injustiças flagrantes, fraudes e infrações à Constituição com a consciência de que providências destinadas a esse objetivo devem ser tão excepcionais quanto é a ocorrência desses graves inconvenientes”.

Calamandrei(1999, p. 416) destaca que:

O jurista jamais conseguiria convencer o homem da rua, por exemplo, de que o não pai deva figurar como pai no registro civil, só porque ao tempo da ação de investigação de paternidade que lhe foi movida, inexistiam os testes imunológicos de hoje e o juiz decidiu com base na prova testemunhal. Nem o contrário: não convenceríamos o homem da rua de que o filho deva ficar privado de ter um pai, porque ao tempo da ação movida inexistiam aquelas provas e a demanda foi julgada improcedente, passando inexoravelmente em julgado.

Também Câmara (2004, p. 25) apresentou seu ponto de vista em artigo intitulado Relativização da coisa julgada material, no qual, após a análise do “dogma” da coisa julgada, é tratado o problema das “sentenças inconstitucionais transitadas em julgado, chegando-se ao seguinte dilema: afinal, deve ou não ser relativizada a coisa julgada material”?

Para Câmara (2004, p. 16), a “relativização se impõe”, apresentando as seguintes razões:

Em primeiro lugar, infere-se do sistema jurídico vigente a possibilidade de relativização de garantias constitucionais como decorrência da aplicação do princípio da razoabilidade, o qual é consagrado na Constituição através do seu art.5, LIV, que trata do devido processo legal. Assim, é que diante do conflito entre valores constitucionais, está o intérprete autorizado a afastar o menos relevante para proteger o mais relevante, o que fará através da ponderação de interesses em disputa. Em segundo lugar, a norma infraconstitucional pode, por sua própria conta, ponderar tais interesses e estabelecer o modo como essa relativização do Direito, constitucionalmente assegurado, à herança, que é limitado pelas normas infraconstitucionais que tratam da indignidade.

Enfim, é inconcebível, em face dessas ideias hoje vigorantes no Estado Democrático de Direito, a continuidade do pensamento de que a coisa julgada é intangível, mesmo quando constituída em evidente confronto com postulados, princípios e regras da Constituição Federal.

O que todo cidadão espera do Poder Judiciário é a defesa integral da supremacia constitucional; nunca a sua violação ao emitir decisões judiciais.

A atividade judiciária, pela nobreza contida no seu exercício, deve imprimir o máximo de segurança jurídica. Esse patamar só será alcançado se ela configurar de modo explícito a harmonia dos seus efeitos com as linhas mestras materializadas no texto da Constituição Federal.

O intérprete e o aplicador do direito não podem deixar de ter como bússola nas práticas de suas atividades, quer doutrinárias jurisdicionais, que a força da Constituição tem origem no Poder do Povo, pelo que nenhum Poder está acima dela. Em consequência, em um Estado Democrático de Direito não há realização plena dos ideais concebidos quando o Poder Judiciário, ao proferir suas decisões judiciais, pretende ficar acima dos limites determinados pela Carta Magna do País.

Dessas observações, percebe-se que a imutabilidade da coisa julgada não coloca a termo a pretensão resistida da parte e, sim impede o recebimento do provimento jurisdicional. Ou seja, quando uma decisão ganha a imutabilidade da coisa julgada e está eivada de equívocos, ela não poderá ser vista como o corolário do princípio constitucional implícito da

segurança jurídica, e sim torna-se uma insegurança nas relações jurídicas e descrença na força da Constituição de um Estado Democrático de Direito.

Contrariamente, as teses relativistas dos doutrinadores Moreira (2007), Silva (2006), Marinoni (2013) e Didier (2007) censuram a possibilidade de que, com base em alegações como grave injustiça, inconstitucionalidade ou falta de razoabilidade, se possa, a qualquer tempo e sem forma definida, alterar a sentença transitada em julgado.

Marinoni trata do tema da relativização da coisa julgada material de forma bastante crítica, pois para ele a coisa julgada material é atributo indispensável ao Estado Democrático de Direito e à efetividade do direito fundamental de acesso ao Poder Judiciário. Marinoni cita a lição de Rosenberg-Schwab-Gottwald, que diz que a “coisa julgada material é consequência necessária do direito à proteção legal pelos tribunais. Sua ancoragem constitucional é encontrada no princípio do Estado de Direito (MARINONI, 2013, 56-68).

A propósito, na obra Coisa Julgada Inconstitucional, leciona que de nada adianta falar em direito à justiça sem dar ao cidadão o direito de ver o seu conflito solucionado definitivamente e se a definitividade inerente à coisa julgada pode, em alguns casos, produzir situações indesejáveis ao próprio sistema, não é correto imaginar que, em razão disso, ela simplesmente possa ser desconsiderada (MARINONI, 2013, 56-68).

Já quanto ao exame de DNA, Marinoni (2013, p. 191-204) define que seria correto concluir que a sentença da ação de investigação de paternidade somente pode ser rescindida a partir do prazo contado da ciência da parte vencida sobre a existência do exame de DNA, o que, como reconhece, demandaria a imediata intervenção legislativa.

Da mesma maneira, Ovídio Baptista, em seu artigo Coisa julgada relativa, também fez sua crítica a teses da “relativização” da coisa julgada material (SILVA, 2006, p. 2).

Para o processualista, acolher a tese de relativizar a coisa julgada, com base em séria ou grave injustiça, acabaria, sem a menor dúvida, destruindo o próprio instituto da *res iudicata*. Explica seu pensamento afirmando que, além da relativização da coisa julgada em caso de sentença injusta não ser um ideal da modernidade, como a justiça não é um valor absoluto, podendo variar não apenas no tempo, mas entre pessoas ligadas a diferentes crenças políticas, morais e religiosas, numa sociedade democrática que se vangloria de ser tolerante e “pluralista”, em não havendo um limite, os litígios se

eternizariam, pois a própria sentença que houver reformado a anterior, sob o pressuposto de conter injustiça, possa vir a ser mais uma vez questionada como injusta, e assim *ad aeternum*. (SILVA, Ovídio, 2006, p.5).

O processualista Didier (2007, p. 505) mostra-se refratário à tese da relativização, esclarecendo que: O problema é que admitir-se a relativização com base na existência da injustiça, que ocorreria com a violação de princípios e direitos fundamentais do homem, significa franquear-se ao judiciário uma cláusula geral de revisão da coisa julgada, que pode dar margem a interpretações das mais diversas, em prejuízo da segurança jurídica.

E, concluindo seu pensamento aponta que a coisa julgada é instituto construído ao longo dos séculos e reflete a necessidade humana de segurança-ruim com ela, muito pior sem ela, uma vez que sua relativização por critério atípico importaria a sua eliminação (DIDIER, 2007, p. 509).

Assim, apesar de concordar que existe a necessidade de repensar o instituto, notadamente em razão das inovações científicas, tal como ocorre com o resultado do laudo do DNA que vai contra sentença em ação de investigação de paternidade, conforme Didier esse repensar tem que ser feito com bastante cuidado e com base em critérios racionais e objetivos, de preferência previstos em texto legal expresso (DIDIER, 2007, p. 509).

Finalmente, no artigo denominado Considerações sobre a chamada Relativização da coisa julgada material, o professor Moreira (2007, p. 243- 4) fez as seguintes ressalvas à doutrina da relativização da coisa julgada.

A lei procura, não há dúvida criar todas as condições para que o produto final da atividade cognitiva reflita com fidelidade a configuração jurídica da espécie. Com tal objetivo, ela enseja às partes amplas oportunidades de apresentar ao órgão julgador argumentos e provas; pode autorizá-lo a buscar por iniciativa própria elementos necessários à formação de seu convencimento; abre aos interessados a possibilidade de impugnar, uma ou mais vezes, as decisões que lhes parecerem incorretas; chega, em certas hipóteses (como, entre nós, as do artigo 475 e dispositivos análogos), a fazer obrigatória a revisão em grau superior, da matéria julgada. Há, porém, um momento em que a preocupação de fazer justiça se sobre põe a de não deixar que o litígio se eternize. Foi com tal objetivo que se inventou a coisa julgada material, ou seja, se ela não servir para pôr um fim no litígio, a rigor nenhuma serventia terá. Dentro dessa perspectiva, subordinar a prevalência da *res iudicata*, em termos que extravasem do alveio do direito positivo, à justiça da decisão, a ser aferida depois do término do processo, é esvaziar o instituto de seu sentido essencial.

Afigura-se desproporcional desconsiderar as teses da relativização da coisa julgada. Acrescento ainda que apesar de as críticas serem muito bem embasadas, o não prestígio à verdade real já é considerado contrário ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, uma vez que todos

têm o direito de conhecer sua ascendência ou descendência genética.

A dignidade da pessoa humana é um valor inerente ao ser humano e não pode ser deixado de lado em benefício da coisa julgada, no entanto essa relativização deverá apresentar limites e restrições para impedir o uso descontrolado do instituto.

A dignidade da pessoa humana é um conceito que transcende os limites da Constituição, posto que preexiste a esta. Nesse sentido, aponta Silva:

[...] a dignidade da pessoa humana não é uma criação constitucional, pois ela é um desses conceitos a priori, um dado preexistente a toda experiência especulativa, tal como a própria pessoa humana. A constituição, reconhecendo a sua existência e a sua eminência, transforma-a num valor supremo da ordem jurídica, quando a declara como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil constituída em Estado Democrático de Direito. (*apud* BREGA FILHO, 2001, *online* grifo do autor).

Em outras palavras, a dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos. O direito à vida privada, à honra, à imagem, à identidade, dentre outros, aparece como consequência imediata da consagração da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil (MORAES, 2007, p. 46).

Outrossim, a coisa julgada é o desdobramento de uma ordem jurídica justa e igualitária, razão pela qual algumas situações que envolvem o direito à identidade merecem ser relativizadas justamente para cumprir com os proclames da segurança jurídica em seu aspecto material, ou seja, o direito à identidade são direitos perpétuos e indisponíveis não podendo ser feridos por um provimento inconstitucional.

4. DO ENTENDIMENTO EXARADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A Corte Suprema, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 363.889/DF, considerou que a violação de um direito fundamental impõe a reconsideração da decisão que já havia transitado em julgado, a chamada “relativização” da

coisa julgada, pois que o direito à dignidade humana, que é “o núcleo da constituição”, tem precedência sobre o primeiro, conforme se denota do transcrito, *inverbis*:

“EMENTA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE DECLARADA EXTINTA, COM FUNDAMENTO EM COISA JULGADA, EM RAZÃO DA EXISTÊNCIA DE ANTERIOR DEMANDA EM QUE NÃO FOI POSSÍVEL A REALIZAÇÃO DE EXAME DE DNA, POR SER O AUTOR BENEFICIÁRIO DA JUSTIÇA GRATUITA E POR NÃO TER O ESTADO PROVIDENCIADO A SUA REALIZAÇÃO. REPROPOSITURA DA AÇÃO. POSSIBILIDADE, EM RESPEITO À PREVALÊNCIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À BUSCA DA IDENTIDADE GENÉTICA DO SER, COMO EMANAÇÃO DE SEU DIREITO DE PERSONALIDADE. 1. É dotada de repercussão geral a matéria atinente à possibilidade da repropositura de ação de investigação de paternidade, quando anterior demanda idêntica, entre as mesmas partes, foi julgada improcedente, por falta de provas, em razão da parte interessada não dispor de condições econômicas para realizar o exame de DNA e o Estado não ter custeado a produção dessa prova.

2. **Deve ser relativizada a coisa julgada estabelecida em ações de investigação de paternidade em que não foi possível determinar-se a efetiva existência de vínculo genético a unir as partes, em decorrência da não realização do exame de DNA,** meio de prova que pode fornecer segurança quase absoluta quanto à existência de tal vínculo. 3. **Não devem ser impostos óbices de natureza processual ao exercício do direito fundamental à busca da identidade genética,** como natural emanção do direito de personalidade de um ser, de forma a tornar-se igualmente efetivo o direito à igualdade entre os filhos, inclusive de qualificações, bem assim o princípio da paternidade responsável. 4. Hipótese em que não há disputa de paternidade de cunho biológico, em confronto com outra, de cunho afetivo. Busca-se o reconhecimento de paternidade com relação à pessoa identificada. 5. Recursos extraordinários conhecidos e providos” [grifo nosso]. (BRASIL, 2011).

Nesse panorama, o julgado do Pretório Excelso trouxe em seu bojo a seguinte delimitação: “Quando se fala em relativização da coisa julgada nas ações de investigação de paternidade surgem inúmeras hipóteses que poderiam ser acobertadas por este instituto. Contudo, no caso presente, a questão restringe-se à possibilidade de afastamento de coisa julgada material formada a respeito de relação de filiação, diante da superveniência de novo meio de prova em razão de evolução tecnológica, meio esse dotado de altíssimo grau de confiabilidade e capaz, justamente por isso, de reverter, por si só, a conclusão do julgamento anterior. Assim sendo, ainda que, em repercussão geral, o STF tenha consolidado o entendimento de que deve ser relativizada a coisa julgada estabelecida em ações de investigação de paternidade em que não foi possível se determinar o vínculo genético em virtude da não realização do exame de DNA, nem todos os casos de não realização de exame de DNA poderão ser submetidos ao juízo de retratação. A clara preocupação de, no julgamento do recurso extraordinário, delimitar-se a hipótese de repercussão geral ocorreu porque se vislumbrou, no STF, o

risco de uso generalizado daquele julgamento para alterações em diversas situações fáticas já consolidadas, o que causaria intensa insegurança jurídica.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A coisa julgada foi instituída como uma criação necessária à segurança prática das relações jurídicas, e as dificuldades que se opõem à sua ruptura se explicam pela mesmíssima razão. Não se pode ignorar, todavia, que, numa sociedade de homens livres, a justiça tem que estar acima da segurança, porque sem justiça não há liberdade.

Dessa forma, em algumas situações a coisa julgada por si só não é capaz de pacificar a situação jurídica controvertida, ou seja, quando for preciso relativizar a coisa julgada estaremos diante da colisão de princípios ou direitos fundamentais, tais como segurança, devido processo legal e até direito à identidade, à ponderação de princípios será a técnica utilizada para sua solução. Nesses casos, poderá haver a necessidade de concessão recíprocas, com a observância da precedência dos direitos fundamentais a fim de evitar que as sentenças sejam contrárias à realidade.

Logo, a segurança jurídica não pode ser considerada um valor absoluto, porque deve ceder quando, em conflito, com outros valores fundamentais do direito e maiores, a saber: a Justiça e o bem comum.

É possível haver a flexibilização da coisa julgada sem que o instituto seja eliminado ou até mesmo banalizado, até por que este é de suma importância para qualquer ordenamento jurídico. Em havendo a flexibilização da coisa julgada, a segurança jurídica, que é retratada pela sua imutabilidade, será, tão somente, mitigada.

É perfeitamente possível e desejável que haja a flexibilização da coisa julgada, pois tanto a segurança jurídica como a coisa julgada, bem como todos e quaisquer direitos, não são absolutos e devem ser analisados no caso concreto para haver a ponderação de qual Direito deve prevalecer sobre os demais.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Carolina de. **Direito fundamental à coisa julgada: problemas constitucionais de sua relativização**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. ed. Malheiros Meditores. São Paulo, 2011.

ALMEIDA, Maria Christina de. **Uma reflexão sobre o significado do princípio da proporcionalidade para os direitos fundamentais**. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, Curitiba, v. 3, n. 30, 1998.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. **Temas de direito constitucional**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Rio de Janeiro: Campos, 1992.

_____. **Teoria do Ordenamento Jurídico**, ed. Edipro. 1990.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

BRASIL. STF- Pleno- MS nº 22.164/ SP- Rel. Ministro Celso de Mello, Diário da Justiça, Seção I, 17 nov. 1995, p. 39.2006

_____. Superior Tribunal de Federal, 2ª Turma, Recurso Extraordinário nº 363889, rel. min. Dias Toffoli, j. 02/06/2011, publicado no DJ de 16/12/2011.

_____. Superior Tribunal de Federal. HC, nº 71373, rel. min. Francisco Rezek, j. 10 de nov. de 1994.

_____. Código Penal. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. Código de Processo Civil. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. Código Civil. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. Lei nº 8.560. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8560.htm>. Acesso em: 01 maio. 2017.

_____. Estatuto da Criança e do Adolescente. Civil. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70055277099. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, julgado em 23 de out. de 2013.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento nº 70003969995. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 17 abr. de 2002.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70046956645. Des. AlzirFelippeSchmitz, Julgado em 12 abr. de 2012.

BREGA FILHO, Vladimir. **A relativização da coisa julgada nas ações de investigação de paternidade**. Jus Navigandi, 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2185>>. Acesso em: 13 maio.2017.

CALAMANDREI, Piero, Direito Processual Civil, volume III, **Estudo sobre o Processo Civil**, Bookseller, Campinas – SP, 1999.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Relativização da coisa julgada material**. Genesis.Revista de Direito do Trabalho, nº133. 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3 ed. Coimbra: Almedina, 1998.

_____. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil, família, sucessões**, volume 5. 5. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012.

DANTAS, B. **Direito fundamental à previsibilidade das decisões judiciais**. *Revista Justiça e Cidadania*, edição 149, janeiro de 2013.

DELGADO, José Augusto, **Pontos polêmicos das ações de indenização de áreas naturais protegidas - Efeitos da Coisa Julgada e os princípios constitucionais**. Revista de Processo, São Paulo: RT, v.103, Ano 26, jul./set.2001.

_____. **Reflexões contemporâneas sobre a flexibilização da coisa julgada quando a sentença fere postulados e princípios explícitos e implícitos da Constituição Federal**. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto (Orgs.) *Coisa Julgada Inconstitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito de família**. 8 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

DIDIER, FredieJr; BRAGA, Paula Sarno; Oliveira, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador: Juspodivm, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Relativizar a coisa Julgada Material**. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, 2001.

FILHO, Milton Paulo de Carvalho. **Código civil comentado**: doutrina e jurisprudência. 5 ed. Barueri, SP: Manole, 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de Direito Civil**, volume 1: **parte geral**. 14 ed. rev.atual.ampl.-São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Novo curso de direito civil, volume 6: **Direito de família - As famílias em perspectiva constitucional**. 2. ed. rev., atual.eampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, volume 6: direito de família. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Direito Processual Civil Esquemático**; coordenador Pedro Lenza. 7.ed.-São Paulo: Saraiva, 2016.

HABERMAS, Jürgen.**Direito e Democracia –entre facticidade e validade**. v.I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**.16. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2012.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e Autoridade da Sentença e Outros Escritos sobre a Coisa Julgada**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

LISBOA, Roberto Senise. Manual de direito civil, volume. 5: **direito de família e sucessões**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa julgada inconstitucional: a retroatividade da decisão de (in)constitucionalidade do STF sobre a coisa julgada: a questão relativização da coisa julgada**. 3. ed.rev.e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008.

MAUS, Ingeborg. **Judiciário como superego da sociedade – o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”**. Trad. Martonio Lima e Paulo Albuquerque. Novos Estudos CEbrap. São Paulo, n. 58, nov. 2000.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do princípio da igualdade**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, 2. ed. revista e atualizada. Coimbra: Coimbra Editora, Tomo IV, 1993.

_____. **Manual de Direito Constitucional**. t IV, “Direitos Fundamentais” Coimbra, 1988.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil**, doutrina e jurisprudência, 8. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. **Direito Constitucional**. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Considerações sobre a chamada “relativização da coisa julgada material**. Temas de direito processual. Nona Série. São Paulo: Saraiva, 2007.

NASCIMENTO, Carlos Valter do; Delgado, José Augusto. **Coisa Julgada Inconstitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

NOVELINO, Marcelo, **Direito Constitucional**. São Paulo: Método, 2008.

OLIVEIRA, Erival da Silva. **Direitos Humanos**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

OLIVEIRA, L. P. S. **O conceito de soberania perante a globalização**. Revista CEJ, Brasília, v. 10, n. 32, p. 80-88, jan./mar. 2006.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos Fundamentais e sociais: efetividade frente à reserva da possível**. Curitiba: Juruá, 2008.

PAULA, Jonatas. Luiz. Moreira. de. **Uma visão crítica da jurisdição civil**. Leme: LED, 1999.

PORTO, Sérgio Gilberto. **Coisa Julgada Civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil**, v. VI - 33 ed. São Paulo: Saraiva. 2002.

ROSENVALD, Nelson. FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso de direito civil – direito de família**, volume 6. 4 ed. Bahia: Editora Juspodvm, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8 ed. rev. atual. - Porto Alegre: Livraria do Advogado. Ed. 2007.

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. In: Rt, v. 798, São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2002.

SILVA, Ovídio Baptista da. **Coisa Julgada Relativa?** Academia Brasileira de Direito Processual. 19 jan. 2006, Revista de Artigos Doutrinários.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da; MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**, 2: direito de família. 42. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

TALAMINI, Eduardo. **Coisa julgada e sua revisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. **Reflexões sobre o princípio da intangibilidade da coisa julgada e sua relativização**. 2 ed. Belo Horizonte: Forúm, 2008.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. 7 ed. São Paulo: Atlas, 7v. 2007.

WAMBIER, Luis Rodrigues. **Curso avançado de processo civil** v.1.9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.



**MINISTÉRIO
PÚBLICO
DO ESTADO
DE RONDÔNIA**

em defesa da sociedade

Rua Jamary, 1555 - Olaria - Fone: 69 3216-3700
CEP 76801-917 - Porto Velho/RO

 mprooficial

 mpro_oficial

 mpro_oficial

 mprobr

www.mpro.mp.br